Der Bote ohne Ermächtigung.

Eine Parallele zum Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Inaugural-Dissertation,

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Hepner

aus Görlitz,

Referendar am Königlichen Landgericht I zu Berlin.

ACAD. LAUDAT. BIBL.

Approbiert am 7. März 1908.

Gräfenhainichen.

Wilhelm Hecker, Buchdruckerei.

1908.

23

Referent: **Univ.-Professor Dr. Binder.**

Inhalt.

Seite

Einleitung 9

I. Der Begriff des Boten ohne Ermächtigung 10

A. Der Bote 10

B. Die Botenermächtigung 22

C. Der nicht-ermächtigte Bote 26

1. Mangel jeglicher Ermächtigung 26

2. Rechtliche Unwirksamkeit der Ermächtigung 29

3. Die Unterscheidung von Bote und Vertreter im Falle mangelnder Ermächtigung 34

II. Rechtliche Behandlung des Tatbestandes 37

A. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Erklärungsempfänger 37

B. Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem nicht-ermächtigten Boten und dem Erklärungsempfänger 48

1. Die Anwendbarkeit des § 179 BGB. 48

a) Der dem § 179 zugrunde liegende Gedanke . . . 50

b) Die Nutzanwendung auf den Boten 57

2. Die deliktische Schadensersatzpflicht 61

a) Generell zutreffende Bestimmungen 62

b) Bestimmungen für einzelne Fälle 73

Schluss 78

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0032

Literatur.

Assmann, Der Bote. Diss. 1906.

Bähr, Irrungen beim Kontrahieren durch Mittelspersonen. Jahrb. f. Dogm. Bd. 6, S. 286.

Baldus, Commentarii ad Corpus iuris civile. 1615/16.

Bekker, Sprachliches und Sachliches zum BGB. Jahrb. f. Dogm. Bd. 49, S. 1.

Birkmeyer, Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang. Gerichtssaal. Bd. 37, S. 257.

Buchka, Lehre von der Stellvertretung. 1852.

v. Canstein, Stellvertretung. Arch. f. HR. Bd. 21, S. 226.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4. Aufl.

Crome, Bürgerliches Recht. 1900—1905.

Curtius, Stellvertretung. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 58, S. 69.

Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1897.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht. 3. Aufl.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl.

Du Chesne, Schadensersatz bei Verletzung absoluter Rechte. Sächsisches Arch. Bd. 12, S. 16.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit. Bd. 1. Rechtswirksames Verhalten.

Endemann, Bürgerliches Recht. 8. Aufl.

Enneccerus u. **Lehmann,** Bürgerliches Recht. 2. Aufl.

Engelmann, Bürgerliches Recht. 4. Aufl.

Fischer, H. A., Der Schaden. 1905.

Fischer u. **Henle,** Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl.

Fleck, Der Bote. Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 15, S. 337.

Frank, Strafgesetzbuch. 3. Aufl.

Gareis, Bürgerliches Gesetzbuch. Teil I. 2. Aufl.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Göring, Ist die fahrlässige Täuschung eine unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. § 823 Abs. 1? Diss. 1900.

Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden. Diss. 1903.

Hass, Kausalzusammenhang. Jahrb. f. Dogm. Bd. 37, S. 327.

Hellmann, Zur Lehre von den Willenserklärungen. Jahrb. f. Dogm. Bd. 42, S. 413.

Hellmann, Stellvertretung. 1882.
Hellwig, Zivilprozessrecht. 1902 fgd.
Henrici, Voraussetzungen des Ersatzanspruchs. Gruchots Beiträge. Bd. 42, S. 625.
Hölder, Bürgerliches Gesetzbuch. Teil I.
Hölder, Zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 73, S. 1.
Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. 1903.
v. Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. Jahrb. f. Dogm. Bd. 1, S. 273 und Bd. 2, S. 67.
v. Jhering, Culpa in contrahendo. Jahrb. f. Dogm. Bd. 4, S. 1.
Isay, Geschäftsführung nach dem BGB. 1900.
Jüngling, Zur Lehre vom Boten und Stellvertreter. Diss. 1906.
Kipp, Kritik über Hupka. Ztschr. f. HR. Bd. 57, S. 214.
Kohler, Bürgerliches Recht. 1905 fgd.
Laband, Stellvertretung. Ztschr. f. HR. Bd. 10, S. 183.
Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
Lenel, Stellvertretung. Jahrb. f. Dogm. Bd. 36, S. 1.
Leonhard, Der Allgemeine Teil des BGB.
Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen. 1882.
Linckelmann, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. 1898.
Linckelmann, Gesetzliche Zwangspflichten. Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 13, S. 79.
v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.
v. Liszt, Strafrecht. 14. Aufl.
Lütje, Ist die fahrlässige Täuschung eine unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. § 823? Diss. 1902.
Maier, Der Bote. Diss. 1896 (?).
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte. 1901.
Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Matthiass, Bürgerliches Recht.
Merkel, R., Kollision rechtmässiger Interessen. 1895.
Mitteis, Lehre von der Stellvertretung. 1885.
Mommsen, Erörterungen zum Obligationenrecht, Bd. II: Haftung der Kontrahenten.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Teil II. 2. Aufl.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl.
Regelsberger, Pandekten.
Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch.
Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm. Bd. 10, S. 208.
Rümelin, G., Culpahaftung und Kausalhaftung. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 88, S. 285.
Rümelin, M., Handeln im fremden Namen. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 93, S. 131.

Rümelin, M., Die Verwendung der Kausalbegriffe im Privat- und Strafrecht. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 90, S. 171.
Rumpff, Adäquate Verursachung. Jahrb. f. Dogm. Bd. 49, S. 333.
v. Savigny, Obligationenrecht.
Schliemann, Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung. Ztschr. f. HR. Bd. 16, S. 1.
Schlossmann, Lehre von der Stellvertretung. 1900/02.
Schollmeyer, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
v. Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht. Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 28, S. 1.
Seuffert, L., Die Ratihabition. 1868.
v. Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Aufl.
Steinlechner, Kritik. Ztschr. f. Privat- und öffentliches Recht. Bd. 4, S. 354.
Stumpff, Die rechtliche Bedeutung des von einem unbevollmächtigten Vertreter geschlossenen Vertrages. Diss. 1900.
Thöl, Handelsrecht.
Unger, Handeln auf eigene Gefahr. 1893.
Unger, Handeln auf fremde Gefahr. Jahrb. f. Dogm. Bd. 33.
Vangerow, Pandekten.
Wendt, Eigenes Verschulden. Jahrb. f. Dogm. Bd. 31, S. 137.
Wächter, Pandekten.
Windscheid, Pandekten. 9. Aufl. durch Kipp.
Zimmermann, Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. 1876.
Zitelmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Teil I. 1900.
Zoll, Kritik über Mitteis. Ztschr. f. Privat- und öffentliches Recht. Bd. 14, S. 221.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zum BGB.

Einleitung.

Der Fall, dass jemand ein Rechtsgeschäft als Vertreter eines anderen vornimmt, ohne Vertretungsmacht zu besitzen, ist nicht selten. Der Gesetzgeber hat ihm Rechnung getragen und die dabei entstehenden Rechtsbeziehungen in den §§ 177—180 BGB. ausführlich geregelt.

Das Gegenstück zum Vertreter ist der Bote. Die Möglichkeit, dass jemand als Bote eines anderen dessen angebliche Willenserklärung übermittelt, während er in Wirklichkeit hierzu garnicht beauftragt ist, liegt theoretisch zweifellos vor. Praktisch scheint sie auf den ersten Blick allerdings nicht von grosser Bedeutung zu sein. Man muss aber nicht nur an **den** Fall denken, dass jemand, ohne den geringsten Anhalt für eine Botschaft zu besitzen, sich als Bote ausgibt. Genau so wie bei der Vertretung dieser extreme Fall in Wahrheit sehr selten ist und die meisten Fälle von Vertretung ohne Vertretungsmacht auf Missverständnis, auf Überschreitung einer gegebenen Vollmacht, auf Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Ermächtigung beruhen, kommen auch bei der Botschaft alle diese Eventualitäten in Betracht. Dass sie tatsächlich möglich sind, werden wir in der folgenden Erörterung zeigen, bei welcher wir die einzelnen Fälle einer näheren Betrachtung unterwerfen werden.

Unter diesen Umständen kann es auffallen, dass der Bote ohne Ermächtigung weder eine gesetzliche Regelung noch bisher eine eingehendere wissenschaftliche Behandlung gefunden hat. Doch erklärt sich die Lücke im Gesetz dadurch, dass dieses den Boten überhaupt sehr stiefmütterlich behandelt, für ihn nirgends eine Definition und, von dem § 120 BGB.

abgesehen, auch nirgends Normen gegeben hat. Teils hat der Gesetzgeber dies nicht für nötig gehalten, teils überlässt er die Aufgabe der Wissenschaft. Die Wissenschaft aber ist noch immer nicht über lebhafte Erörterungen des Begriffs Bote hinausgekommen und hat deswegen bis heute keine Musse gefunden, sich über den Spezialfall des unbeauftragten Boten auszulassen. Schliesslich ist auch das praktische Bedürfnis nach einer Regelung oder Erörterung nicht so gross wie im entsprechenden Falle bei der Vertretung. Denn einmal dürfte es sich bei Botschaften in der Regel nicht um so grosse Objekte handeln, wie sie bei der Vertretung häufig vorkommen; dann aber lässt es sich, wie im Verlaufe der Darstellung zu zeigen sein wird, bei der Botschaft ohne Ermächtigung mit allgemeinen Regeln ganz gut auskommen.

Unsere Aufgabe soll es sein festzustellen, ob und inwieweit jene allgemeinen Grundsätze Anwendung zu finden haben und welche Folgerungen sich im einzelnen daraus ergeben.

Zunächst geht naturgemäss unser Bestreben dahin, eine möglichst scharfe Definition des Begriffs „Bote ohne Ermächtigung“ zu geben. Hierbei wiederum wollen wir zuerst kurz den „Boten“ umschreiben; und da jede Definition des Boten notwendig eine Abgrenzung gegen den Vertreter darstellt, werden auch wir beide Begriffe einander gegenüberstellen müssen. Dies ist um so notwendiger, als, wie wir sehen werden, die Beantwortung der Frage, ob ein Bote ohne Ermächtigung begrifflich überhaupt möglich ist, von der richtigen Unterscheidung zwischen Boten und Vertreter abhängt.

I. Der Begriff des Boten ohne Ermächtigung.

A. Der Bote.

Der Sprachgebrauch des Lebens bezeichnet als Boten eine Person, welche dazu dient, eine (ihr fremde) menschliche Äusserung von einem Menschen zum anderen zu übermitteln.

Diese Übermittelung kann durch Beförderung einer schriftlichen Aufzeichnung oder durch mündliche Weitergabe derart erfolgen, dass sich zwischen die gewöhnlichen Etappen: Mund des Erklärenden — Ohr des Erklärungsempfängers, noch Ohr und Mund des Boten als Zwischenglieder einschieben. Diesen Boten wollen wir mit Bekker[1]) als „Spruchboten" bezeichnen, während sich für jenen in der Wissenschaft die Benennung „Briefträger" (natürlich ohne die spezifische Bedeutung des Postbeamten) eingebürgert hat. An und für sich liegt mithin im Begriffe des Boten noch kein juristisches Moment. Für das Recht freilich, insbesondere das Privatrecht, hat der Bote in der Regel Interesse nur dann, wenn die Botschaft rechtlichen Inhalts ist. Kein Wunder also, dass die juristischen Schriftsteller durchweg statt von der Überbringung einer Äusserung sogleich von der Beförderung einer Willenserklärung sprechen, zumal da sie gewöhnlich das Institut im Zusammenhange mit der Vertretung behandeln und bei dieser, einem rein juristischen Gebilde[2]), nur Willenserklärungen in Frage stehen. Vertretung ist nämlich nach der gemeinen Meinung, die allein dem Wortlaute des BGB. entspricht[3]), die Abgabe einer (eigenen) Willenserklärung mit unmittelbarer Wirkung für einen anderen. Von den vielen Äusserungen über die Bestimmung und Abgrenzung der beiden Begriffe seien als besonders prägnant zitiert:

Azo (Summa in tit. Cod. 4. 50 n. 1—5):

„Nuntius est is, qui vicem gerit epistolae."

Motive, Bd. I, S. 223:

„Unter Vertretung wird im Entwurf Vertretung im **Willen** verstanden. Wirkt jemand bei dem Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts nur insofern mit, als er die Willenserklärung des einen Teils auf dessen Veranlassung dem anderen Teile übermittelt, so ist er Mittelsperson, Bote."

---

[1]) Jahrb. Bd. 49, S. 34.

[2]) Ebenso Kohler, Bgl. R. Bd. 1, S. 430, Zitelmann BGB. I, S. 118.

[3]) Auf gewisse Einzelheiten kommen wir im Verfolg unserer Erörterung noch zurück.

Planck, BGB. Bd. I, S. 283:

„Es kommt darauf an, ob die betreffende Person das Rechtsgeschäft selbst vornimmt oder ob sie nur die Erklärung des Geschäftsherrn überbringt und dieser es also ist, welcher das Rechtsgeschäft vornimmt. Im ersteren Falle ist die betreffende Person Vertreter, im zweiten Falle Bote."

Jhering nennt den Boten ein „kommunikatives Instrument" (Jahrb. Bd. I, S. 278 ff.).

Nicht brauchbar für uns, weil sie weder zu dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch zu der heute herrschenden Meinung passen, sind natürlich Theorien, welche den Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter überhaupt leugnen, so die von Savigny[1]) und Schlossmann[2]); der erste erklärt jeden Vertreter für einen Boten, der andere auch den Boten für eine Unterart des Vertreters. Ebensowenig kann es hier unsere Aufgabe sein, uns mit anderen Theorien zu beschäftigen, die — so beachtenswert sie wissenschaftlich sein mögen — in der Praxis zu keinem Resultat führen oder höchstens Verwirrung anrichten. Hierher rechnen wir z. B. die Meinung von Schliemann[3]), der den Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter darin erblickt, dass dieser den Prinzipal in Bezug auf den ganzen Vertragsschluss vertrete, jener nur in Bezug auf die Offerte oder das Akzept[4]).

Da nur der Begriff des **Spruch**boten an den des Vertreters grenzt, wird die folgende Erörterung, soweit sie begrifflicher Natur ist, sich auf den Spruchboten beschränken können. Bei der Frage der rechtlichen Behandlung werden wir auf den Briefträger zurückkommen.

Die blossen Begriffe Bote und Vertreter geben uns noch kein praktisch brauchbares **Unterscheidungsmerkmal** an die Hand, weil an und für sich für die Entscheidung mehrere

---

[1]) Obligationenrecht, Bd. 2, S. 57 ff.

[2]) Lehre usw. Bd. 1, S. 304—332.

[3]) Ztschr. f. HR. Bd. 16, S. 18.

[4]) Vgl. auch die unten S. 61 wiedergegebene Unterscheidung von Bähr.

Umstände massgebend sein könnten, die im Einzelfalle untereinander nicht übereinzustimmen brauchen, nämlich: Die vom Prinzipal erteilte Ermächtigung, die Tatsache der wirklich erfolgten Willensbildung und das äussere Auftreten der Mittelsperson gegenüber dem Dritten.

Über die Frage, welcher von diesen drei Umständen der entscheidende sei, herrscht Streit. Es handelt sich hier um einen ähnlichen Gegensatz wie denjenigen, welcher sich im Gemeinen Recht bei den Theorien über den Zwiespalt von Wille und Erklärung, insbesondere bei der Irrtumslehre, gebildet hatte. Derjenigen Theorie, welche die Wirkung des Rechtsgeschäfts lediglich von der nach aussen kundgegebenen Erklärung abhängig macht (Leonhard, Kohler), entspricht in unserer Frage genau die Ansicht, welche alles Gewicht auf das Auftreten der Mittelsperson legt; deshalb wollen wir für sie auch nach dem Vorgang von Fleck und Jüngling den Namen „Erklärungstheorie“ aus der Irrtumslehre herübernehmen. Dernburgs Verkehrstheorie, die ja weniger ein Prinzip als ein praktisches Kompromiss verkörpert, findet auf unserem Gebiete kein Analogon. Zu der von Savigny und Windscheid vertretenen Willenstheorie bildet in unserem Falle diejenige Ansicht die Parallele, welche Vertreter und Boten darnach unterscheidet, ob der Mittelsmann oder der Geschäftsherr den Willen gebildet hat („Willenstheorie“). Freilich trifft der Vergleich nicht unbedingt zu. Denn wenn es bei der Willenstheorie der Irrtumslehre darauf ankommt, **wie** der Wille des Erklärenden lautet, handelt es sich in der Stellvertretungslehre darum, **wo** der Wille gebildet worden ist. Demgemäss sind auch die Konsequenzen verschieden: Beim Dissens von Wille und Erklärung entsteht Nichtigkeit, während hier die Folge immer nur ist, dass der Mittelsmann einmal als Bote, ein andermal als Vertreter angesehen wird. Eben weil hier eine alternativ **positive** Frage zur Entscheidung steht, erscheint eine vollkommene Parallele zur gemeinrechtlichen Willenstheorie unmöglich. Man kann wohl die Beantwortung der Frage, ob eine Erklärung überhaupt gelten solle oder nicht, von der inneren Tatsache des Willens abhängig machen; man

kann aber nicht jemand als Boten oder als Vertreter behandeln, je nachdem er oder sein Geschäftsherr es in unausgesprochener Weise gewollt hat[1]). Manche, so Jüngling[2]), bezeichnen als „Willenstheorie“ eine dritte Meinung, nach der es für die Qualifizierung der Mittelsperson auf die vom Geschäftsherrn erteilte Ermächtigung ankommt. Sie hat aber mit der Willenstheorie der Irrtumslehre nur den negativen Punkt gemein, dass in beiden Fällen ein dem Erklärungsempfänger nicht bekannter Umstand den Ausschlag gibt.

Schon Buchka, der die ganze Stellvertretungslehre begründet hat, lässt[3]) die Stellung des Betreffenden von seinem Auftreten als Vertreter (procurator) oder Bote (nuntius) abhängen. Der gleichen Auffassung huldigt Bähr[4]), ferner Schliemann (Ztschr. f. HR. Bd. 16, S. 17):

> „Wer im Verhältnis zum Dritten als Vertreter eines anderen lediglich in Bezug auf die Erklärung des Kontraktwillens erscheint, ist Bote.“

Zimmermann (Lehre usw. S. 23):

> „Der Stellvertreter hebt sich dadurch vom Boten ab, dass er sich nach aussen hin als selbstwollend **darstellt.** Auch bei ihm ist es also gleichgiltig, ob er (innerlich) die Entscheidung, dass das Rechtsgeschäft abgeschlossen werde, erst selber trifft ... Nur darauf kommt es an, dass er der Aussenwelt, also bei Verträgen dem dritten Mitpaziszenten gegenüber als selbstwollend **aufgetreten ist,** m. a. W., dass er den objektiv-rechtsgeschäftlichen Entschluss gefasst und erklärt hat.“

Für das gemeine Recht und das alte HGB. vertreten diese Ansicht Thöl[5]) und Laband[6]), lezterer allerdings in einer nicht ganz klaren Form.

---

[1]) Vgl. aber Maier (S. 8).
[2]) Vgl. S. 18.
[3]) Lehre usw. S. 134 ff.
[4]) Jahrb. Bd. 6, S. 299.
[5]) HR. Bd. 1, S. 245.
[6]) Ztschr. f. HR. Bd. 10, S. 192.

Die Erklärungstheorie ist auch für das BGB. als die herrschende zu bezeichnen:

Hellwig, Lehrb. usw. Bd. 2, S. 357 No. 5:

> „Bei der Frage, ob die Mittelsperson für die juristische Behandlung Bote oder Vertreter ist, kommt es nicht auf die innere Willensrichtung an, sondern entscheidend ist lediglich die Art seines Auftretens."

Fleck, Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 15, S. 361:

> „Soweit das Verhältnis zum Dritten in Betracht kommt[1]), habe ich daher kein Bedenken, mich der auch bisher bereits herrschenden Meinung anzuschliessen und lediglich nach den zwischen dem Dritten und der Mittelsperson gewechselten Erklärungen zu entscheiden, ob wir es mit einem Stellvertreter oder mit einem blossen Boten zu tun haben."

Ähnlich sprechen sich aus Cosack (Bürgerl. Recht, Bd. 1, S. 231), Hupka (Haftung usw., S. 110), Assmann (Bote, S. 56) und Manigk (Anwendungsgebiet, S. 304).

Freilich gibt es auch abweichende Stimmen, so — von Schlossmann abgesehen, der wie jede Unterscheidung auch die nach dem äusseren Auftreten für unmöglich erklärt — Hellmann[2]). Er bekämpft die Erklärungstheorie, ohne dass seine eigene Ansicht mit Bestimmtheit erkennbar wäre.

In ausführlichen Darlegungen opponierte der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts auch Mitteis (Stellvertretung, S. 110 ff.). Er lässt die Tatsache der wirklichen Willensbildung entscheiden:

> „Wenn derjenige, welcher nach aussen als selbstbeschliessend erscheint — sei es nun Stellvertreter oder Prinzipal — in Wahrheit nichts beschlossen hat, sondern sich nur den Willen des anderen Teiles suggerieren lässt, so ist ja doch dieser letztere Wille

---

[1]) Um dieses allein handelt es sich für uns. Auf die Wirkungen des Auftretens im Innenverhältnis zwischen Herrn und Boten kommen wir noch zurück.

[2]) Stellvertretung, S. 9.

zur Erklärung gelangt, er ist der juristische Grund dieser Erklärung. Die erklärende Person hat ja in solchen Fällen gar keinen Willen, den man der Erklärung zugrunde legen könnte." (S. 116.)

Diese Ausführungen stehen in einem gewissen Widerspruch zu anderen Darlegungen desselben Verfassers[1]), in denen er ausdrücklich betont, der Bote „wolle" stets mindestens die Erklärung seiner Bestellung. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, m. a. W., betrachtet man den Willen, die Bestellung auszurichten, als Essentiale des Botenbegriffs[2]), so muss man konsequenterweise folgern, dass die Mittelsperson, welche ursprünglich zum Boten bestimmt war, sich durch einen von dem geforderten abweichenden Willen zum Vertreter machen kann. Denn wenn sie sich als Vertreter aufspielen möchte und dies auch zum erkennbaren Ausdruck bringt, „will" sie eben garnicht mehr eine fremde Äusserung erklären, sondern ihren eigenen Willen. Mit Unrecht glaubt Mitteis, diesem Willen des Vermittlers schade (im Sinne einer Degradierung zum Boten) der Umstand, dass er möglicherweise inhaltlich genau mit der ursprünglichen Botschaft übereinstimmt. Vielmehr ist solcher Mangel an **materieller** Originalität hier ebensowenig von Bedeutung wie in der Unzahl von Fällen, in denen jemand eine Willenserklärung für sich selbst abgibt, die ihm in Wirklichkeit von irgend einem anderen „suggeriert" worden ist. — Die **praktischen** Unzuträglichkeiten des Willensdogmas, auf die wir noch zu sprechen kommen werden, hat übrigens Mitteis klar erkannt. Für die Anwendung in der Praxis modifiziert er deshalb auch seine Theorie durch zahlreiche Abweichungen zugunsten des vertrauenden Dritten[3]), die den Kern seiner Lehre fast ganz verdecken und sie ausserdem recht unübersichtlich machen. Er hat — wohl darum — auch keine Nachfolger gefunden.

Maier in seiner Dissertation „Der Bote" klärt uns zwar über verschiedene in Betracht kommende Gesichtspunkte gut

[1]) Stellvertretung, S. 128 ff.
[2]) Wir tun dies nicht, vgl. unten S. 31.
[3]) S. 123 ff.

auf; besonders treffend ist seine Widerlegung von Mitteis, und wir müssen ihm durchaus beistimmen, wenn er sagt:

> „Der Wille ist an sich, sobald er sich, wenn auch nur auf Grund spezieller Vollmacht rechtsgeschäftlich für andere betätigt, bereits in seinen Eigenschaften ein juristischer. Dabei kommt es darauf nicht an, ob er in dem Entschluss ideell mit einem ihn autorisierenden Vollmachtswillen kongruiert." (S. 18.)

Nur müsste in Konsequenz dieser Anschauung Maier auch den Schluss ziehen, dass eine als Bote abgesandte Mittelsperson Vertreter wird, wenn sie den „rechtsgeschäftlich kausalen"[1] Willen fasst, Vertreter sein zu wollen, und ihn nach aussen kundgibt. Statt dessen verwirft er die Erklärungstheorie ohne irgendwelche Begründung und stellt die These auf:

> „Es kommt vielmehr allein auf den prinzipalischen, der Übermittelung fähigen Willen an, der darauf gerichtet war, dass seine Übermittelung erfolge." (S. 24.)

Soll dieser dunkle Satz bedeuten, dass ein nichterklärter innerer Wille des Prinzipals massgebend sei, so ist er für das BGB. sicher falsch; will er aber auf die erklärte Ermächtigung verweisen, so würde Maier ein Vorläufer von Bekker sein.

Dass die Ermächtigung entscheide, die der Prinzipal gegeben hat, nimmt nämlich Bekker an. Auch er bekämpft die herrschende Theorie (Jahrb. Bd. 49, S. 35):

> Dem Dritten könne es oft gleichgiltig sein, ob er einen Boten oder Vertreter vor sich habe. Die Mittelsperson sei jedenfalls nicht imstande, ihre Stellung selbst zu bestimmen; z. B. wenn der Bote „sich für bevollmächtigt ausgibt; zweifellos, dass er dadurch Vollmacht nicht erwirbt".

„Bevollmächtigter" und „Vertreter" ist ja aber keineswegs dasselbe; sonst könnte man nicht von einem Vertreter

---

[1]) Maier a. a. O. S. 17.

ohne Vertretungsmacht reden. Bekker kommt nach Ablehnung anderer Möglichkeiten zu dem Resultat:

> „Somit wird anscheinend keine andere Tatbestandsdifferenz durchgängig sich behaupten lassen, als die in der Bestellung selbst belegene."

Die von ihm vertretene Ansicht hat neuerdings Jüngling näher zu begründen versucht. Er behauptet[1]), dass die Erklärungstheorie zu unbilligen Resultaten führe, gibt aber Fleck gegenüber zu, dass es bei der Willenstheorie[2]) nicht besser liegt. Vom dogmatischen Standpunkt aus meint er, man könne nicht dem Prinzipal einerseits die Wahl, ob er einen Boten oder Vertreter absenden will, zugestehen, und ihm andererseits jeden Einfluss auf ihr Auftreten nehmen. Dann wäre die Unterscheidung für ihn zwecklos; für den Dritten sei sie es erst recht.

Nun gibt es aber doch bei keiner Art von Diensten ein (erlaubtes) absolutes Mittel, um den Beauftragten oder Dienstpflichtigen zu dem Verhalten zu zwingen, das der Geschäftsherr wünscht; besonders bei rein faktischen Betätigungen tritt dies klar zu Tage. Trotzdem pflegt der Prinzipal ein Interesse an dieser Betätigung zu haben und kann es auch vermöge seiner **obligatorischen** Rechte gegen die Mittelsperson genügend wahren. Denn diese wird natürlich ersatzpflichtig, wenn sie sich eine andere Stellung, als ihr aufgegeben, beilegt, und der Prinzipal hierdurch geschädigt werden sollte.

Trotz der Darlegungen beider Schriftsteller erscheint es kaum zweifelhaft, dass unter der Herrschaft des BGB. man sich auf den Standpunkt der Erklärungstheorie zu stellen hat. Zunächst wird nach BGB. § 130 Abs. 1 Satz 1 eine empfangsbedürftige Willenserklärung unter Abwesenden erst wirksam, wenn sie dem Adressaten zugeht. Eine Willenserklärung, die durch einen Boten überbracht werden soll — einer der wichtigsten Fälle der Erklärung inter absentes —, erlangt

[1]) Lehre usw. S. 33 ff.

[2]) Gemeint ist die Bekkersche Ansicht. Über die Bezeichnung vgl. oben S. 14.

rechtliche Wirksamkeit also erst, wenn der Überbringer seine Bestellung an den Dritten ausrichtet. Tritt er nun nicht als Bote auf, sondern als Vertreter, so verlautbart er ja nach dem eingangs[1]) Gesagten eine eigene Willenserklärung (während er als Bote eine fremde überbringen würde). Man wird daher sagen müssen, dass in diesem Falle die Erklärung des Herrn dem Gegner überhaupt nicht zugegangen ist; denn was der Dritte vernommen hat, war eine Willenserklärung der Mittelsperson, nicht die des Herrn. Ist diese Ansicht aber richtig, so überbringt derjenige, welcher, als Bote abgesandt, sich als Vertreter aufspielt, keine Botschaft[2]), ist also nicht Bote.

Ferner spricht für unsere Auffassung die unbedingte Entschiedenheit, mit der das BGB. allenthalben eine Willenserklärung nach ihrem äusseren Hervortreten beurteilt. Besonders zu beachten ist § 119, da er beweist, dass eine Erklärung stets nach ihrem objektiven Wortlaut bewertet wird — die Anfechtung wegen Irrtums ist eben Ausnahme von der Regel. Vorsichtigerweise erklärt darum Jüngling[3]), auf die Irrtumslehre nicht näher eingehen zu wollen; tatsächlich spricht sie auch zu sehr gegen seine Theorie.

Ein ganz besonderes Argument für die Erklärungstheorie ist aber BGB. § 164:

> „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.
>
> Tritt der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des

---

[1]) S. 11.

[2]) Stimmte seine Erklärung inhaltlich mit der Botenbestellung, die ausgerichtet werden sollte, überein, so wird sie zwar i. d. R. für den Herrn Wirkung haben, aber als Erklärung seines Vertreters. Siehe darüber S. 25.

[3]) A. a. O. S. 41.

Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

Die Vorschriften usw.“

Fleck S. 360 begründet unsere Ansicht nur mit einem Analogieschluss aus Abs. 2. Wir gehen jedoch weiter und weisen darauf hin, dass Abs. 1 die Voraussetzungen des Vertretungsbegriffs normiert, mithin „Vertretung“ im Sinne des BGB. stets vorliegt, wenn Abs. 1 zutrifft. Er trifft aber jedesmal zu, sobald jemand als Vertreter auftritt — selbst, wenn er als Bote abgesandt sein sollte. An den Worten „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht“ braucht man sich keineswegs zu stossen, da diese ja, wie § 177 zeigt, kein Essentiale des Vertreter**begriffs,** sondern nur ein Erfordernis für die speziellen **Wirkungen** von § 164 Abs. 1 bezeichnen sollen; denn § 177 spricht ausdrücklich von einem „Vertretenen“, obwohl hier eine Vertretungsmacht nicht besteht. Das ist auch Bekker und Jüngling entgegenzuhalten, die bei ihrer Beweisführung „Vertreter“ und „Bevollmächtigten“ unbegründeterweise identifizieren. Mit solcher Prämisse ist es natürlich nicht schwer, nachzuweisen, dass der als Bote Abgesandte wegen Mangels der Vollmacht[1]) nicht Vertreter sein kann.

Unserer Ansicht nach entscheidet also § 164 Abs. 1 **unmittelbar** auch die Frage, welches Moment für den Unterschied zwischen Vertreter und Boten massgebend ist, zugunsten des Auftretens. Die Absicht des Gesetzgebers geht bei §§ 119, 130, 164 BGB. ebenso wie bei zahlreichen anderen Bestimmungen unseres Reichsrechts offenbar dahin, den dritten Kontrahenten zu schützen. Der Gedanke als solcher ist uns natürlich zur Unterstützung der Erklärungstheorie wertvoll und wird in diesem Sinne unten verwendet werden; aber, wie gezeigt, brauchen wir ihn nicht nur — was Jüngling[2]) an-

[1]) Dass übrigens dieser Mittelsmann, wenn er auch in abstracto als „unbevollmächtigt“ angesehen werden muss, im konkreten Falle meist eventuelle Vollmacht hat, werden wir noch darlegen.

[2]) Lehre, S. 33.

zunehmen scheint — in der vagen Gestalt einer rechtspolitischen Idee ins Feld zu führen.

Dass es nicht auf die Worte ankommt, welche die Mittelsperson gebraucht, sondern auf den **Gesamtcharakter** ihres Auftretens[1]), ist insbesondere mit Rücksicht auf BGB. §§ 133 und 164 Abs. 1 Satz 2 selbstverständlich. Und zwar ist das Auftreten, allgemeinen Grundsätzen gemäss, nach dem Eindruck zu bewerten, den es auf einen objektiven Beurteiler macht. Daher kann es nicht massgebend sein, ob die Mittelsperson selbst ihr Auftreten für das eines Boten oder Vertreters hält. Stellt sich ihr Verhalten objektiv als das eines Vertreters dar, so ist sie also selbst dann Vertreter, wenn sie dies nicht will[2]). Wenn wir daher in der Polemik gegen Mitteis davon sprachen, dass die Mittelsperson ihre Stellung durch eigenen rechtsgeschäftlichen Willen verändern könne, so setzen wir statt dessen jetzt genauer „durch eigene Erklärung", weil eben nur der erklärte Wille in Betracht kommt.

Die Resultate, welche wir mit der Erklärungstheorie gewinnen, müssen auch trotz der Einwendungen der Gegner als durchaus billig und angemessen bezeichnet werden. Eine Prüfung aller möglichen Fälle, die wir uns an dieser Stelle versagen müssen, würde dies beweisen.

Bevor wir diese Erörterung schliessen, wollen wir den Begriff des Boten noch mit wenigen Worten nach einer anderen Richtung hin abgrenzen, und zwar für die Rechtsgeschäfte des Sachenrechts. Natürlich kann Erwerb und Aufgabe dinglicher Rechte auch durch Mittelspersonen erfolgen, und diese können sowohl Boten wie Vertreter sein. Nun erhebt sich bei denjenigen Geschäften, die ausser einer Einigung noch einen Besitzwechsel erfordern, also besonders bei den verschiedenen Arten der Tradition, die Frage, inwieweit die Stellung der Mittelsperson bezüglich des Besitzes ihre Eigenschaft als Vertreter bzw. Bote hinsichtlich der

---

[1]) Vgl. Hupka, Haftung S. 110 Anm. 1.

[2]) Allerdings kann sie ihre Erklärung im Rahmen des § 119 anfechten; dem steht § 164 Abs. 2 als Spezialbestimmung, die einer analogen Ausdehnung nicht fähig ist, nicht entgegen.

Einigung beeinflusst. Man könnte versucht sein, jeden Besitzdiener im Sinne des § 855, der für seinen Herrn Eigentum (bzw. Pfandrecht usw.) erwerben oder übertragen soll, hinsichtlich der Einigung für einen Boten anzusehen. Das wäre aber falsch, da § 855 auch auf Personen zutrifft, die — wie z. B. die Handlungsgehilfen — im übrigen Vertreterqualität haben; die meisten Vertreter werden freilich Besitzmittler im Sinne des § 868 sein. Dagegen dürfte kaum jemals ein Bote unter § 868 fallen. Im übrigen ist es nicht unsere Aufgabe, das schwierige Problem der Mittelspersonen im Sachenrecht näher zu behandeln. Nur bei der Frage der Genehmigung im Falle mangelnder Ermächtigung werden wir das Sachenrecht kurz streifen.

B. Die Botenermächtigung.

Denjenigen Akt, durch welchen der Bote die Macht erhält, eine Erklärung seines Herrn zu überbringen, wollen wir — da sich eine feste Terminologie bis jetzt nicht herausgebildet hat — als „Botenermächtigung“ bezeichnen und denselben Ausdruck zugleich für die dem Boten erteilte „Macht“ verwenden. Botenermächtigung ist somit das Gegenstück zur Vollmachtserteilung einerseits, zur rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht, d. i. zur Vollmacht, andererseits. Den gemeinsamen Oberbegriff dieser sämtlichen Begriffe wollen wir „Ermächtigung“ nennen.

Den Ausdruck „Botenauftrag“, den Fleck für unsere „Ermächtigung“ verwendet, wollen wir vermeiden. Er könnte nämlich zu Verwechselungen führen: einmal mit der Erklärung selbst, die überbracht werden soll, dann aber mit dem obligatorischen Rechtsverhältnis zwischen Herrn und Boten; man könnte an eine Abart des in §§ 662 ff. BGB. geregelten Auftrags denken. Es ist jedoch klar, dass das obligatorische Verhältnis keineswegs ein solcher Auftrag zu sein braucht, sondern sich ebensogut als Dienstvertrag, Werkvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag darstellen kann. Ja es kann sogar an jeder obligatorischen Beziehung fehlen; z. B. mein Bruder bittet mich, einem Dritten einen Brief zu übergeben,

ich nehme das Schreiben mit, ohne mich zur Beförderung zu verpflichten. Auch sonst ist die Ermächtigung von dem obligatorischen Rechtsverhältnis unabhängig: das Dienstverhältnis z. B. kann sich auf eine längere Zeit und zahlreiche Leistungen erstrecken, während sich die Ermächtigung auf eine einzelne Botschaft beschränkt, letztere kann trotz Fortbestehens des ersteren widerrufen werden usw. Aber selbst dort, wo Ermächtigung und obligatorisches Verhältnis nebeneinander bestehen, müssen sie, wenn auch eine äusserliche Trennung der Entstehungsakte häufig nicht möglich sein wird, logisch voneinander gesondert werden. Denn die obligatorische Beziehung besteht ausschliesslich zwischen Herrn und Boten, sie geht keinen Dritten etwas an; die Botenermächtigung dagegen wirkt in erster Reihe zwischen dem Absender und dem Empfänger und nur mittelbar beeinflusst sie die Stellung des Boten selbst.

Mit der oben vorgeschlagenen Namengebung verfolgen wir lediglich den Zweck, im folgenden schwerfällige Umschreibungen zu vermeiden, insbesondere zwischen Botschaft und Vertretung leichter Parallelen ziehen zu können. Keineswegs soll damit etwa bekundet werden, dass wir Vollmacht und Botenermächtigung juristisch auf die gleiche Stufe stellten. Dies tut Hellwig[1]), der in der Botenermächtigung ein selbständiges, der Vollmachtserteilung analoges Rechtsgeschäft erblickt. Wir vermögen uns ihm nicht anzuschliessen, sondern halten die Übergabe der zu bestellenden (mündlichen oder schriftlichen) Willenserklärung seitens des Prinzipals an den Boten nur für einen Akt, der in Verbindung mit anderen Vorgängen den Erklärungsinhalt dem Adressaten kundgibt, ebenso wie z. B. das Niederschreiben des Briefes. Mithin bildet, wenn die zu bestellende Erklärung rechtsgeschäftlicher Natur ist, die Botenermächtigung ein Stück im Tatbestande des Rechtsgeschäfts — aber nicht selbst ein Rechtsgeschäft. Ist die Willenserklärung nicht rechtsgeschäftlich — was ja bei der Botschaft, wie oben gezeigt, durchaus möglich ist

[1]) Lehrb. d. Ziv. Pr. Rs. Bd. 2, S. 357 No. 6.

— so fehlt auch der Botenermächtigung jeder juristische Charakter.

Beim Spruchboten wird die Richtigkeit unserer Anschauung durch die Praxis bestätigt, da der Herr die Willensäusserung, welche von dem Dritten bestellt werden soll, und die Botenermächtigung meist in eine Erklärung zusammenfassen wird. Anders liegt es allerdings beim Briefträger; hier sind einerseits das Niederschreiben der für den Dritten bestimmten Erklärung, andererseits ihre Übergabe an den Boten nebst dessen Ermächtigung zwei äusserlich getrennte Akte. Doch dürfte es gerade hier dem natürlichen Gefühl widersprechen, wollte man in der Übergabe eines Briefes an den Boten mit der Weisung, ihn einem Dritten zu überbringen, ein selbständiges Rechtsgeschäft erblicken.

Demnach halten wir uns für berechtigt, die Ausdrücke „Bote ohne Botschaft“ und „Bote ohne Ermächtigung“ im allgemeinen gleichbedeutend zu gebrauchen; auf die Frage, ob ein Bote ohne Ermächtigung, aber mit Botschaft denkbar ist, kommen wir unten noch zurück.

Die Ermächtigung eines Spruchboten durch den Absender wird sich in der Praxis von der Vollmachtserteilung an einen Vertreter zuweilen schwer unterscheiden lassen; häufig wird dies nur in der Weise möglich sein, dass man sich das gesamte Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Mittelsmann vergegenwärtigt. Nun hängt es allerdings, wie wir oben festgestellt haben, von der Art der Ermächtigung nicht ab, ob jemand Bote oder Vertreter ist. Wohl aber ist die Natur der Ermächtigung massgebend bei Beantwortung der Frage, ob der Betreffende eine befugte oder unbefugte Mittelsperson darstellt; denn ein befugter Vertreter muss natürlich Vertretungsmacht, ein befugter Bote Botenermächtigung besitzen.

Es liegt gewiss nahe zu erwägen, ob und inwieweit nicht die eine Art der Ermächtigung durch die andere ersetzt werden kann; würde doch bei der Schwierigkeit, beide Arten auseinander zu halten, die Möglichkeit einer derartigen Er-

setzung zweifellos recht wünschenswert sein. In der Tat ist denn auch Hellwig[1]) der Meinung, dass in der Botenermächtigung stets zugleich die stillschweigende Erteilung der Befugnis liege, als Vertreter aufzutreten, und umgekehrt die Vollmachtserteilung stets eine stillschweigende Botenermächtigung enthalte. Im Gegensatz hierzu behandelt Hupka[2]) jeden Vertreter mit blosser Botenermächtigung als vollmachtlos. Ihm wird man im Prinzip recht geben müssen, da, wer einen Boten mit genau präzisierter Botschaft absendet, in der Regel nicht will, dass ein Vertreter, der rechtlich doch erheblich selbständiger dasteht, seine Interessen wahrnehme.

Ebensowenig wird man im umgekehrten Falle eine Vollmachtserteilung zugleich als Botenermächtigung ansprechen können, da erstere schon ihrer Form nach eine an die Mittelsperson gerichtete Erklärung darstellt, letztere aber nur im Zusammenhange mit einer an den Dritten gerichteten Kundgebung Sinn hat. Aus dem eingangs erwähnten praktischen Grunde wird man freilich in concreto oft zu einem anderen Ergebnis kommen. Stimmte nämlich die vom Vertreter abgegebene Erklärung inhaltlich genau mit der Botenbestellung überein, welche er ausrichten sollte, bzw. hielt sich die von dem Boten übermittelte Äusserung streng in den Grenzen seiner Vertretervollmacht, so würde der Auftraggeber, der die Äusserung der Mittelsperson nicht gegen sich gelten lassen wollte, in der Regel dolos handeln und darum mit seiner Einwendung nicht zu hören sein. Wir sagen „in der Regel", weil allerdings Fälle denkbar sind, wo der Geschäftsherr ein Interesse an der abweichenden Ermächtigung hat. Z. B. der Mittelsmann, der einen dem Herrn unbekannten Geschäftsumstand kennt, tritt seiner Ermächtigung entgegen als Vertreter auf. Falls man hier den Vertreter als bevollmächtigt ansehen würde, müsste gemäss § 166 BGB. der Herr als bösgläubig behandelt werden.

---

[1]) Lehrb. 2, S. 357 Anm. 23.

[2]) Haftung, S. 111.

C. Der nicht-ermächtigte Bote.

1. Mangel jeglicher Ermächtigung.

Besondere Schwierigkeiten hat der Wissenschaft seit jeher die Frage gemacht, was ein Bote ohne Ermächtigung rechtlich darstelle und wie er zu behandeln sei. Vom nicht-juristischen Standpunkt aus wird man geneigt sein, eine Person, die als Bote auftritt, ohne eine Erklärung zur Übermittelung empfangen zu haben, garnicht für einen Boten zu halten. Dieser Ansicht waren die Glossatoren und Postglossatoren; so sagt z. B. Baldus (ad l. 6 C. 4,50 n. 6 sq.):

> „Si nuntio deficit mandatum, non reperitur ibi persona ... si dominus non mandavit, nihil est et nihil loquitur ... in falso nuntio haec tria desunt, quia nec est persona nec voluntas nec potestas: ipse concipit alia verba in persona, quam ipse non repraesentat, et voluntatem ipsius anuntiat, quae non est, et in se nihil et in alio directo non potest ...“

Baldus denkt, wie sich aus dem „voluntatem ipsius“ ergibt, nur an den Fall, dass eine Äusserung des angeblichen Absenders gänzlich mangelt, nicht an den, dass ihr bloss die rechtliche Wirksamkeit fehlt. Diese beiden Möglichkeiten sind aber unseres Erachtens in der Literatur bisher nicht genügend auseinander gehalten worden. Ebenso wie Baldus' Äusserung passt nämlich nur auf den ersten Fall die Behauptung von Mitteis (S. 135):

> „Der Bote, der ohne Auftrag auftritt, ist eben kein wahrer Bote mehr, sondern ein als solcher verkappter, wollender Stellvertreter.“

Das gleiche gilt von der Bemerkung Hellwigs (Lehrb. II, S. 357 Anm. 19):

> „... Bezeichnet er sich als Boten, ohne dass er dies wirklich ist, so nennt er sich einen Boten, ohne es zu sein; er ist als Vertreter zu behandeln.“

Nach Ansicht dieser Schriftsteller müssten also auf ihn[1]) §§ 177—180 BGB. Anwendung finden. Diese Folgerung

[1]) Wir beschränken unsere Erörterung zunächst auf den Boten, der ohne jede Äusserung des Geschäftsherrn tätig wird.

müssen wir jedoch vom Standpunkt der Erklärungstheorie unter allen Umständen ablehnen, selbst dann, wenn wir den beiden Schriftstellern zugeben wollten, dass der Bote ohne jede Ermächtigung nicht mehr Bote sei. Denn auch unter dieser Voraussetzung erscheint es folgerichtig, eine solche Person nicht als Vertreter anzusehen, sondern mit Baldus die Meinung zu vertreten, dass eine solche Person überhaupt keinem der uns bekannten Rechtsinstitute unterfalle. Die Deduktion des Postglossators soll denn auch gerade beweisen, dass im Gegensatz zum falsus procurator eine ratihabitio der Botenbestellung nicht möglich sei; die völlige Nichtigkeit der Botenworte rührt eben, wie Baldus zutreffend sagt, davon her, dass sie auch dem Pseudoboten nicht zugerechnet werden können, weil sie in der Aussenwelt nicht als **seine** Erklärung erscheinen, wie es bei einem Vertreter doch nötig wäre. Zugleich erklärt es sich aber vollkommen, dass Mitteis, der, wie wir oben sahen, prinzipiell auf die Willensbildung und nicht auf die Willensäusserung abstellt, den Pseudoboten für einen Vertreter ohne Vertretungsmacht halten muss, da die Äusserung ja fast immer dem eigenen Willen des Mittelsmannes entsprungen sein wird; darum folgert er auch, entgegen der Ansicht der älteren Juristen, die Erklärung könne natürlich ratihabiert werden[1]), und der Mittelsmann hafte genau wie ein falsus procurator[2]). Die Bekker-Jünglingsche Theorie, welche Boten und Vertreter nach der vom Geschäftsherrn erteilten Ermächtigung unterscheidet, versagt naturgemäss gegenüber dem nicht-ermächtigten Boten gänzlich.

Wir selbst legen Wert nur auf die negative Feststellung, dass der Bote ohne Botschaft nicht Vertreter ist. Dies kann nach der Erklärungstheorie keinem Zweifel unterliegen, da der Betreffende ja nicht als Vertreter auftritt. Denn wenn der in Boteneigenschaft Auftretende nicht einmal in dem Falle als Vertreter gilt, wo er Vertretungsvollmacht besitzt, so kann natürlich der gänzlich Ermächtigungslose noch viel

[1]) S. 135.

[2]) S. 131, 174. Unsere Ansicht über diese Punkte wird weiter unten eingehend dargelegt werden.

weniger als Vertreter angesehen werden. Es ist auffallend, dass Hellwig, der ja auch die Erklärungstheorie vertritt, trotzdem den Pseudoboten als Vertreter betrachtet.

Darüber hinausgehend sind wir allerdings positiv der Ansicht, dass der Bote ohne jede Botschaft noch Bote sei. Diese Entscheidung scheint uns dem Geiste der Erklärungstheorie zu entsprechen. Wir geben jedoch zu, dass man auch bei Annahme unserer Theorie abweichender Meinung sein kann; denn die Erklärungstheorie beantwortet direkt nur bei Personen mit irgend einer Ermächtigung — von denen also bereits feststeht, dass sie entweder Boten oder Vertreter sind — die Frage, ob das eine oder das andere auf sie zutrifft, sie schliesst an sich aber nicht logisch die Möglichkeit aus, dass ein als Vertreter Erscheinender weder dieses noch Bote sei. Überdies entbehrt nach Vornahme der erwähnten negativen Feststellung (dass der Betreffende nicht Vertreter ist) die Frage jeglicher praktischen Bedeutung. Nicht darauf kommt es an, ob ich falsches Geld noch Geld **nenne,** sondern ob ich es als Geld **behandle.** Ebenso interessiert uns hier nicht, ob ich den Boten ohne Ermächtigung noch Boten nenne, sondern wie ich ihn rechtlich behandle. Letztere Frage aber wird von der Beantwortung der ersteren um deswegen garnicht berührt, weil das Gesetz, von den hier irrelevanten §§ 120 und 196 No. 3 BGB. abgesehen, keinerlei Bestimmungen über den Boten enthält. Damit, dass wir unseren Mittelsmann als Boten bezeichnen, haben wir also für seine rechtliche Behandlung noch nichts gewonnen.

Bei den in diesem Abschnitt besprochenen Fällen wird es sich in der Regel um Spruchboten handeln; doch kommen auch Briefträger in Betracht, die mit oder ohne Wissen gefälschte Briefe überbringen. Auch auf sie trifft das im Vorangegangenen Gesagte vollkommen zu. Ja wir nehmen sogar an, dass den Briefträger, welcher von der Fälschung nichts weiss, niemand für einen Vertreter halten wird; selbst Mitteis würde jedenfalls hier anders entscheiden als beim Spruchboten. Dass wir einer solchen Differenzierung entgehen, ist ein weiterer Vorteil der Erklärungstheorie.

2. Rechtliche Unwirksamkeit der Ermächtigung.

Wie wir bereits bemerkten, ist von dem eben erörterten Falle der andere zu unterscheiden, dass jemand eine Äusserung überbringt, die der Absender zwar getan hat, die aber in irgendeiner Weise unwirksam ist. Man darf sich insbesondere nicht durch den Umstand, dass „Vertretung ohne Vertretungsmacht" sowohl bei gänzlichem Fehlen als auch bei Unwirksamkeit der Vollmacht vorliegt, verleiten lassen, die entsprechenden Fälle auch bei der Botschaft einander a priori gleichzustellen — was bei Annahme der Willenstheorie ja auch für die unwirksame Botschaft zur Anwendung von §§ 177—180 BGB. führen würde. Denn Vertretung ist ein juristischer Begriff, der Bote dagegen, wie schon bemerkt, gar kein spezifisch rechtliches Gebilde. Ferner handelt es sich bei der Vertretung nur um Unwirksamkeit der Vollmacht, während bei der Botschaft der Mangel die ganze Erklärung unmittelbar ergreift[1]); daher würden wir auch korrekter von Unwirksamkeit der **Botschaft** sprechen, wenn wir nicht des Vergleichs halber die Ermächtigung in den Vordergrund stellten.

In Betracht kommen folgende Fälle:

1. Die Erklärung des Absenders ist nichtig, z. B. wegen Geisteskrankheit, und zwar bereits in dem Augenblick, wo der Absender sie dem Boten übergibt.

2. Die Erklärung ist zu diesem Zeitpunkt anfechtbar, z. B. wegen wesentlichen Irrtums des Absenders, und dieser ficht sie darauf an, sodass sie nachträglich mit rückwirkender Kraft nichtig wird.

3. Die Erklärung ist in dem bezeichneten Augenblick unwirksam, z. B. weil der Geschäftsherr noch minderjährig ist und es sich um einen onerosen Vertrag handelt; nachträglich verweigert der Gewalthaber seine Genehmigung und bewirkt dadurch, dass die Willenserklärung als von Anfang an nichtig gilt[2]).

---

[1]) Eine Ausnahme wird weiter unten unter No. 7 hervorgehoben werden.

[2]) Die rückwirkende Kraft dieser Verweigerung ist im Gesetze nicht ausgesprochen, erscheint aber selbstverständlich. Der Minder-

4. Unwirksam in einem anderen Sinne ist die Willenserklärung, wenn sie auf Übertragung eines dinglichen Rechts gerichtet, der Absender aber nicht der Berechtigte und der Empfänger schlechtgläubig ist[1]).

In allen diesen Fällen erweist sich die Mitteissche Argumentation, dass der nicht-ermächtigte Bote Vertreter sei, als unzutreffend; denn von einem Entschluss des Boten in Beziehung auf den Inhalt der Erklärung, von einer Willensbildung durch ihn kann hier gar keine Rede sein. Er erhält eine Äusserung und gibt sie in der empfangenen Form weiter; für diese Tätigkeit ist es gleichgiltig, ob es sich um eine Äusserung ohne rechtliche Bedeutung, um ein giltiges oder nichtiges Rechtsgeschäft handelt; das Bewusstsein des Boten wird in der Regel davon garnicht beeinflusst werden. Die (natürliche) Willensbildung erfolgte bei dem Herrn; da sie rechtlich nicht wirksam ist, liegt eine juristische Willensbildung überhaupt nirgends vor. Auch der Spruchbote ist nach Jherings schon zitiertem Ausdruck bloss „kommunikatives Instrument"; zwar bringt er ein etwaiges Rechtsgeschäft erst zur Perfektion[2]), aber das tut ein Brief auch. Allgemein wird zugegeben, dass der Bote einen Überbringungswillen in juristischem Sinne nicht zu haben braucht, dass auch ein Geschäftsunfähiger Bote sein kann[3]); wir halten selbst das Er-

---

jährige „bedarf" nach § 107 BGB. der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Fehlt dieses Erfordernis, so müsste prinzipgemäss sofort unheilbare Nichtigkeit eintreten. Diese Folge ist allerdings durch die Zulassung der Ratihabition gemildert worden. Für den Fall verweigerter Genehmigung muss es aber bei der allgemeinen Regel bleiben, dass das Geschäft von Anfang an nichtig ist.

[1]) Zu denken ist nur an Verfügungen über Fahrnis (vgl. oben S. 21). Im Immobiliarverkehr kann der Bote wegen § 29 GBO. nur in Gestalt des Briefträgers vorkommen.

[2]) Laband, Ztschr. f. HR., Bd. 10 S. 191; Hellwig, Lehrb., Bd. 2 S. 354 Anm. 6.

[3]) Hierbei kommt uns zu statten, dass wir die Botenermächtigung nicht als selbständiges Rechtsgeschäft bezeichnet haben; denn sonst könnte ein Geschäftsunfähiger gemäss § 131 BGB. garnicht ermächtigt werden.

fordernis eines „natürlichen“ Willens[1]) für entbehrlich und glauben, dass auch die unwillkürliche Kundgabe der Botschaft wirksam ist. Der Bote kann mithin nicht, wie es Windscheid, Schliemann[2]) u. a. wollen, als „Vertreter in der Erklärung“ betrachtet werden. Darum lehnen wir ab die aus diesem Gesichtspunkt gefolgerte „Möglichkeit, auch den Boten wegen Mangels der Vollmacht und sonstiger culpa im Vertragsabschluss haftbar zu machen“[3]). Wäre diese Anschauung richtig, so träfe sie natürlich auch auf den Überbringer einer zwar abgesandten, aber ungiltigen Willenserklärung zu. Nicht einmal dann sehen wir einen solchen als Vertreter an, wenn er die Nichtigkeit der beförderten Willenserklärung gekannt haben sollte; denn auch dann hat er nicht den (erkennbaren) Willen, die Erklärung zu seiner eigenen zu machen, sondern höchstens den Vorsatz, seine Bestellung ohne Rücksicht auf die Folgen auszurichten — einen Vorsatz, der lediglich im Deliktsrecht Wirkungen äussert.

Dass die Ansicht, jeder Bote ohne Ermächtigung sei in Wirklichkeit Vertreter ohne Vertretungsmacht, wenigstens für das BGB. nicht richtig sein kann, beweist auch BGB. § 120. Denn er ist Spezialbestimmung für den Fall, dass der Bote eine Ermächtigung besitzt, sie aber überschreitet. Wäre die Mittelsperson in solchem Falle Vertreter, so handelte sie „ohne Vertretungsmacht“ — es ist dies sogar praktisch der häufigste Fall des Vollmachtsmangels — und nach § 177 wäre der Vertretene nicht an das Rechtsgeschäft gebunden. Gerade das Gegenteil schreibt nun aber § 120 für die entstellte Wiedergabe einer Willenserklärung durch den Boten vor; die Erklärung verliert dadurch **nicht** ihre Eigenschaft als solche des Herrn, prinzipiell wirkt sie für und gegen ihn, wenn er sie auch anfechten kann. Die von uns bekämpfte Behauptung ist also in ihrer allgemeinen Form auf keinen Fall richtig; zugleich aber bietet die vollkommen verschiedene grundsätzliche Behandlung der beiden Rechtsinstitute durch das Gesetz

[1]) Vgl. z. B. Schliemann, Ztschr. f. HR. Bd. 16, S. 6.
[2]) Ztschr. f. HR. Bd. 16, S. 17.
[3]) Mitteis, Lehre. S. 131; ähnlich S. 175.

unserer für alle Fälle gleichlautenden Ansicht eine weitere Stütze.

Die Erwähnung von § 120 BGB. gibt uns Gelegenheit, noch einige zweifelhafte Tatbestände kurz zu besprechen.

5. Mit der herrschenden Meinung[1]) verneinen wir die Anwendbarkeit des § 120 dann, wenn es sich um eine absichtliche Entstellung seitens des Boten handelt; vielmehr sehen wir in einem solchen Falle den Vermittler als Boten ohne Ermächtigung an.

6. Letzteres gilt auch von dem Boten, der Vertretervollmacht erhalten hat, aber nicht nur formell durch sein Auftreten als Bote, sondern auch sachlich durch Veränderung des Erklärungsinhalts gegen seine Ermächtigung verstösst. Die oben berührte Möglichkeit, die eine Ermächtigung durch die andere zu ersetzen, ist hier natürlich nicht vorhanden, weil sie sachliche Übereinstimmung der ausgerichteten Erklärung mit der vom Herrn gewünschten voraussetzt. — Umgekehrt ist der Vertreter, welcher nur mit einer noch dazu sachlich abweichenden Botenermächtigung versehen ist, in allen Stücken als Vertreter ohne Vertretungsmacht zu behandeln. Bekker, der von seinem Standpunkt aus folgerichtig Botschaft annehmen müsste, will hier merkwürdigerweise § 120 mit § 177 kombinieren, was auch vom praktischen Gesichtspunkt aus recht anfechtbar erscheint.

7. Schliesslich wollen wir noch einen Fall betrachten, in welchem Mangel der Botschaft und der Ermächtigung nicht identisch sind. Der Tatbestand ist der, dass der Absender zwar die vom Boten bestellte Äusserung getan, aber den Boten nicht ermächtigt hat, sie zu überbringen. Der Fall kann besonders beim Briefträger vorkommen. Z. B. jemand schreibt einen Brief und lässt ihn adressiert auf seinem Schreibtisch liegen; dort sieht ihn sein Diener und bringt ihn aus eigenem Antriebe zu dem Adressaten. Man muss folgende Möglichkeiten unterscheiden: a) Der Schreiber hat gewünscht,

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. I S. 490, Hölder, BGB. I, S. 266/7, Staudinger, Riezler, Endemann, Crome. Dagegen Planck, BGB. I, S. 216/7.

dass der Bote den Brief überbringe, nur hat er diese Absicht nicht ausgesprochen. Dann ist die dem Gegner zugegangene Willenserklärung giltig. Denn der Schreibende hat sie abgegeben mit dem Willen, dass sie dem Adressaten zukomme, und diesem ist sie tatsächlich zugegangen. Dass dem Boten ausserdem noch eine besondere Ermächtigung erteilt sei, halten wir beim Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht für notwendig. Denn da nach unserer Ansicht die Botenermächtigung lediglich ein Stück der Willenserklärung selbst ist, nämlich ein Akt, der mit dazu beiträgt, sie dem Empfänger kundzugeben, so muss sie entbehrlich sein, wenn dem Empfänger eine zu seiner Kenntnisnahme bestimmte Äusserung auf andere Weise zugeht. Daher kommt es u. E. auch nicht in Betracht, ob gerade der vom Herrn designierte Bote oder ob ein anderer den Brief überbringt[1]). Selbst wenn man sich dieser Ansicht nicht anschliessen will, wird man praktisch doch meist zu demselben Resultat gelangen. Denn vielfach wird die Ermächtigung als stillschweigend erteilt gelten können; wo dies aber nicht der Fall ist, dürfte der sogleich unter b) zu besprechende Gesichtspunkt zutreffen. — b) Der Schreiber des Briefes hat ihn nicht absenden wollen, oder, was rechtlich gleichsteht, er war darüber noch unschlüssig und ist nachträglich zu dem Entschluss gekommen, den Brief nicht abzuschicken. Hier ist dem Empfänger objektiv eine Erklärung zugegangen, die von dem Geschäftsherrn niedergeschrieben worden ist. Da ich nun eine Erklärung, die objektiv als die meine erscheint und für die ich kausal geworden bin, mir zurechnen lassen muss, so ist auch eine derartige Mitteilung für eine Willenserklärung des Schreibers zu erachten. Weil dieser aber — im Gegensatz zum Falle a) — garnicht die Absicht hatte, die Erklärung dem Empfänger zugehen zu lassen, m. a. W., „weil er eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte", kann er sie gemäss § 119 BGB. anfechten. Dass nämlich die Erklärung von dem Augenblick an, wo der Geschäftsherr sie ausspricht bzw. niederschreibt,

---

[1]) Vgl. Fleck, S. 73, Hölder, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 73, S. 76.

bis zu dem Zeitpunkt, wo sie seinem Geschäftsgegner zugeht, die des Absenders bleibt, steht schon im Hinblick auf § 120 BGB. ausser Zweifel; daher ist der Geschäftsherr allein zur Anfechtung berechtigt, trägt aber auch die durch § 122 BGB. statuierte Ersatzpflicht. Ob der Geschäftsherr seinerseits gegen den unbefugten Boten Regress nehmen kann, richtet sich nach dem zwischen beiden bestehenden Vertragsverhältnisse; besteht kein solches, so treten die Vorschriften über unerlaubte Handlungen ein.

Ähnliche Tatbestände können aber auch beim Spruchboten vorkommen. Man denke z. B. an die Möglichkeit, dass der Herr die Äusserung zwar getan hat, aber nicht in der Absicht, dass sie der Bote dem Empfänger weitergebe. Die Behandlung dieses Falles entspricht ganz der des entsprechenden Sachverhalts beim Briefträger, so dass sich eine besondere Besprechung erübrigt. Aus dem gleichen Grunde brauchen wir Möglichkeiten wie z. B. die, dass der Brief vom Geschäftsherrn zwar in willensfähigem Zustande geschrieben, aber in geschäftsunfähigem Zustande dem Boten übergeben worden ist, nicht weiter zu erörtern.

Für unsere ferneren Betrachtungen, die sich vor allem mit der Frage der rechtlichen Behandlung befassen werden, scheidet der Fall 7 aus, da ja bei ihm, wie gezeigt, die gesetzlichen Folgen feststehen: bei Tatbestand a) volle Giltigkeit, bei b) unter Umständen Anfechtbarkeit der überbrachten Erklärung.

3. Die Unterscheidung von Bote und Vertreter im Falle mangelnder Ermächtigung.

Nachdem wir die Unterscheidung zwischen dem Boten ohne Ermächtigung und dem Vertreter ohne Vertretungsmacht als möglich und notwendig erwiesen haben, können wir feststellen, dass die Erklärungstheorie gerade in diesem Falle besondere Vorzüge bietet. Zunächst ermöglicht sie, wie gezeigt, die gleichmässige Behandlung aller vorkommenden Tatbestände, mag die Willenserklärung des Herrn ganz fehlen oder nichtig sein. Im letztgenannten Falle braucht man ferner

nicht, wie es Jüngling tun würde, an die Art der von dem Prinzipal erteilten Ermächtigung rechtliche Folgen zu knüpfen, um so zu dem wenig befriedigenden Ergebnis zu gelangen, dass ein Geschäftsunfähiger nicht für sich, jedoch für andere Rechtswirkungen schaffen könnte.

Die Zweckmässigkeitsgründe sind ebenfalls noch augenfälliger als sonst. Von den Bestimmungen der §§ 177—180 sind zwei, nämlich §§ 178 und insbesondere 179 augenscheinlich nur im Interesse des dritten Kontrahenten erlassen worden. Es ist infolgedessen unbedingt geboten, dass sie nur da, aber auch überall da zur Anwendung kommen, wo es die Rücksicht auf den Dritten erfordert. Das von Fahrlässigkeit freie Vertrauen des Gegners soll durch sie geschützt werden, ein Vertrauen, dass sich natürlich nicht auf die jenem gänzlich unbekannte Ermächtigung, nicht auf die unerforschbare Willensbildung, sondern lediglich auf das äussere Auftreten des Mittelsmannes gründen kann. Erschien ihm dieser als Bote, so wäre es eine ungerechtfertigte Begünstigung des Dritten, wollte man ihm die unter Umständen weitergehenden Rechte aus §§ 178, 179 geben, obwohl er nie mit einem Vertreter zu unterhandeln geglaubt hat. Musste umgekehrt in ihm die Vorstellung erweckt werden, er habe einen Vertreter vor sich, so sind ihm auch alle Ansprüche zu gewähren, die das Gesetz gegen einen falschen Vertreter gibt. Dass aber dieser sich nicht beklagen kann, wenn er als das behandelt wird, wofür er sich ausgibt, bedarf keines Beweises.

Naheliegend, aber wohl nicht richtig wäre es, schon aus der Fassung von § 179 herleiten zu wollen, dass für ihn die Erklärungstheorie zu gelten habe. Denn die Worte „Wer als Vertreter . . .“ bedeuten sicher nur dasselbe wie im ersten Entwurfe § 125: „Der Vertreter, welcher . . .“; abgesehen davon lässt sich die Frage nach dem Kriterium nur einheitlich für das ganze Rechtsinstitut der Vertretung lösen.

Ist streitig, ob das äussere Auftreten die Mittelsperson als Boten oder Stellvertreter qualifiziere[1]), so trifft die Be-

[1]) Ein Streit darüber, ob jemand als Bote oder im eigenen Namen aufgetreten ist, dürfte kaum vorkommen. Sollte es doch der Fall sein,

hauptungs- und Beweislast diejenige Partei, welche sich auf die Tatsache der Stellvertretung beruft. Nach Fleck[1]) wäre es umgekehrt; er weist nämlich auf die ausführliche Behandlung hin, welche die Stellvertretung im BGB. gefunden habe, und schliesst daraus und aus der Tatsache, dass die Botschaft garnicht geregelt sei: „Offensichtlich geht das BGB. von der Stellvertretung als dem gewöhnlichen aus.“ Wo die Lage zweifelhaft sei, liege präsumtiv Stellvertretung vor.

Von einer derartigen Vermutung ist aber im BGB. nicht das geringste zu finden; und sie aus der verschiedenen gesetzgeberischen Behandlung der beiden in Frage stehenden Institute herzuleiten, ist um so weniger berechtigt, als der nuntius zweifellos das ältere, ursprüngliche ist. Vielmehr greift hier die allgemeine Regel durch, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs zu beweisen hat, wer ihn erhebt. Da es nun, wie wir alsbald nachweisen werden, keine Ansprüche gibt, welche sich spezifisch auf das Vorhandensein einer Botschaft ohne Ermächtigung gründeten, da andererseits gewisse Rechtsverhältnisse, z. B. die aus einem nach § 177 genehmigten Geschäft und die Verpflichtung des falsus procurator aus § 179, gerade eine Vertretung ohne Vertretungsmacht voraussetzen, wird nur die letztere eine Klagvoraussetzung bilden können und darum in Streitfällen zu beweisen sein. Beruft sich der Beklagte demgegenüber auf seine Boteneigenschaft, so ist das ein motiviertes Leugnen des Klagegrundes. Unsere Ansicht teilen Schliemann (S. 30), Thöl (HR. Bd. 1, S. 245) und Hupka (S. 208).

---

so müsste der angebliche Bote diese seine Eigenschaft beweisen, da die Abgabe einer eigenen Erklärung im eigenen Namen gewöhnlicher ist als die Übermittelung einer fremden.

[1]) Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 15 S. 388.

II. Rechtliche Behandlung des Tatbestandes.

A. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Erklärungsempfänger.

Wenn wir die Stellung des angeblichen Absenders einer näheren Betrachtung unterziehen, so taucht vor allem die Frage auf: Kann der angebliche Absender, der in Wirklichkeit gar keine Erklärung abgegeben hat — auf diesen Fall beschränken wir uns zunächst — die Botschaft durch nachträgliche Zustimmung mit Wirksamkeit ex tunc ausstatten? Diese Frage wird nahegelegt durch die gesetzlichen Bestimmungen, welche die gedachte Befugnis dem **Vertretenen** im entsprechenden Falle ausdrücklich verleihen. Es sind dies die §§ 177, 178, 180 BGB. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen liegt um so näher, als dieselben im BGB. nicht vereinzelt dastehen, sondern ein auch anderwärts aufgestelltes Prinzip zum Ausdruck bringen[1]). Wir denken hierbei nicht an die Fälle, in denen eine von dem wirklichen Interessenten abgegebene Erklärung seitens einer über ihm stehenden Person genehmigt wird, wie es bei Mündel und Gewalthaber, Vormund und Vormundschaftsrichter usw. geschieht. Dagegen erblicken wir einen Parallelfall im § 185 Abs. 2 BGB., mit dessen Hilfe wir den Grundsatz aufstellen: Gewisse Arten von Rechtsgeschäften, die ein Unbefugter vornimmt, erlangen mit rückwirkender Kraft[2]) Wirksamkeit durch Genehmigung seitens des wahren Interessenten.

Welche Arten von Rechtsgeschäften einer Genehmigung fähig sind, bedarf hierbei einer genaueren Umschreibung. § 177 bezieht sich zunächst nur auf Verträge; sein Geltungs-

[1]) Diese Bemerkung bezieht sich, soweit § 177 in Frage kommt, nur auf Satz 1. Satz 2 und 3 besitzen lediglich den Charakter von Spezialvorschriften.

[2]) Die Rückwirkung erscheint uns als wesentliches Charakteristikum der Genehmigung, da ohne sie das genehmigte Rechtsgeschäft von dem seitens der Kontrahenten beabsichtigten verschieden sein würde. Vgl. auch Seuffert, Ratih. S. 69.

bereich wird jedoch durch § 180 auf solche einseitigen, empfangsbedürftigen Erklärungen ausgedehnt, bei denen der Gegner des Vertretenen in der Lage ist, den Legitimationsmangel zu beanstanden, dies aber unterlässt. Nach der Absicht des Gesetzgebers erstreckt sich die Möglichkeit der Genehmigung aus §§ 177, 180 auf diejenigen Tatbestände, bei denen entweder die Parteien diese Möglichkeit in der Vereinbarung vorausgesehen haben oder bei denen die Genehmigung gerade denjenigen Rechtszustand verwirklicht, welchen der Gegner des Vertretenen durch Vornahme (bzw. Entgegennahme) des Rechtsgeschäfts angestrebt hat[1]). Demgegenüber eröffnet § 185 Abs. 2 die Möglichkeit der Ratihabition nur bei Verfügungen über einen Gegenstand, nicht also bei den meisten Geschäften des Obligationenrechts, nicht bei sachenrechtlichen Geschäften, durch welche ein Recht **erworben** wird usw. Der Grund für diese Beschränkung ist hier noch augenfälliger; ist es doch bei den letztgenannten Geschäften schwer denkbar, dass sie ein Unberechtigter im eigenen Namen vornehmen sollte. Legt sich z. B. der Erwerber einer Sache oder eines Rechtes den Namen eines Dritten bei, so schadet das seiner Rechtsstellung in der Regel nichts: Er selbst, nicht dieser Dritte erwirbt den Gegenstand; höchstens könnte der Gegner unter Umständen das Geschäft wegen Irrtums oder Täuschung anfechten. Ebenso wird selbst verpflichtet, wer unter einem fremden Namen eine Verbindlichkeit eingeht. M. a. W.: Der Begriff des „Nichtberechtigten" und darum auch die Anwendbarkeit von § 185 Abs. 2 beschränkt sich auf den Fall der Verfügung, weil eben nur dort ein fremdes Recht als Gegenstand des Geschäfts erscheinen kann.

Während somit für Erklärungen, die jemand als seine eigenen, aber in fremdem Namen, abgibt, sowie für solche, die jemand in eigenem Namen, aber bezüglich eines fremden Rechts abgibt, die Möglichkeit der Genehmigung in den durch die Natur der Sache jeweils gebotenen Grenzen vom

---

[1]) Mot. I S. 243.

Gesetz anerkannt ist, fehlen derartige Bestimmungen für unseren Fall, in dem jemand eine fremde Erklärung als blosser Bote überbringt. Wollte man das oben festgestellte Prinzip der Ratihabition auch hier anwenden, so wäre man also auf den Weg der Analogie angewiesen. Und zwar könnte man, über die blosse Rechtsanalogie hinausgehend, direkt die §§ 177, 178, 180 BGB. im Wege der Gesetzesanalogie nutzbar machen; denn der Fall der Vertretung ohne Vertretungsmacht steht ja zweifellos dem des unbeauftragten Boten wesentlich näher als der Fall des § 185. Auch die Absicht, die der Gesetzgeber mit den §§ 177 fgd. verfolgte — es waren, wie die Motive zum BGB. beweisen, lediglich praktische Gesichtspunkte für ihn massgebend — würde dazu wohl passen. Die Frage, welche Fälle von Botschaft ohne Ermächtigung einer Genehmigung fähig wären, würde keine Schwierigkeiten bereiten: man würde sich eben an die Bestimmungen bei der Vertretung anschliessen. Freilich kommt § 177 selbst nicht in Betracht — wenigstens theoretisch nicht —, weil ein Bote niemals einen Vertrag schliessen kann[1]). Ebenso muss das Gegenstück zu dem zweiten Falle des § 180, dass nämlich der Empfänger mit dem Mangel der Botenermächtigung einverstanden sein könnte, nach der Natur der Sache als ausgeschlossen gelten. Schliesslich ist es auch unmöglich, einem

[1]) Eine Begründung dieser Behauptung müssen wir uns versagen, weil sie nicht hierher gehört und die Frage überdies von keiner besonderen Wichtigkeit ist. Wenn wir auch nicht so weit gehen wie Schliemann (Ztschr. f. HR., Bd. 16 S. 18), der Vertreter und Boten geradezu darnach unterscheidet, ob sie den Vertrag schliessen oder blos die Offerte bzw. die Annahme überbringen, meinen wir doch, dass selbst derjenige Bote, welcher den Vertragsantrag übermittelt und von seinem Absender beauftragt ist, gleich die Antwort zurückzubringen, nicht den Vertrag schliesst. Vielmehr ist er für die Offerte Bote des Offerenten, für die Akzeptation Bote des Vertragsgegners; mithin kommt der Vertrag, weil inter absentes geschlossen, erst zustande, wenn dem Offerenten selbst die Erklärung des Annehmenden zugeht. Der „Auftrag" des Absenders, die Antwort zurückzubefördern, ist nichts weiter als eine Botschaft an den Gegner des Inhalts, er möge für seinen Bescheid denselben Boten benutzen wie der Absender. Vgl. Leonhard, Irrtum S. 164.

unbeauftragten Boten gegenüber mit dessen Einverständnis eine einseitige Erklärung abzugeben, weil der Erklärende den Boten eben durch die Übergabe der Botschaft ermächtigt. Infolgedessen würde die Ermächtigung nur bei einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärungen erfolgen können, wenn der Gegner die mangelnde Ermächtigung des Boten nicht kennt und dessen Legitimation nicht beanstandet. Praktisch würde dies allerdings dahin führen, dass die mit Hilfe eines nicht-ermächtigten Boten geschlossenen Verträge genehmigt werden könnten. Denn der Gegner, welcher dem Boten die Antwort mitgibt, bekundet dadurch, dass er die Ermächtigung nicht beanstande; mithin wäre die Offerte der Genehmigung fähig, während die Antwort, sobald sie der Bote dem angeblichen Offerenten überbringt, so wie so vollwirksam ist. Übrigens würde man in Anlehnung an § 178 BGB. dem Empfänger der Botschaft bis zur erfolgten Genehmigung ein Widerrufsrecht (richtiger: das Recht nachträglicher Zurückweisung) zubilligen müssen. Eine Frage von geringerer Bedeutung wäre es, ob man in der Analogie soweit gehen sollte, auch § 177 Satz 2 und 3 entsprechend anzuwenden.

Dennoch ist unserer Meinung nach die Genehmigung der Erklärung eines Boten ohne irgendwelche Ermächtigung ausgeschlossen, und zwar deshalb, weil seine Äusserung kein Rechtsgeschäft, ja nicht einmal eine Willenserklärung darstellt. Einer Genehmigung fähig sind aber, wie bereits in dem oben aufgestellten Grundsatz zum Ausdruck gekommen ist und alsbald zu beweisen ist, nur Rechtsgeschäfte.

Ein Rechtsgeschäft ist „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist“ [1]). Wir sehen davon ab, ob Rechtsgeschäft und Willenserklärung miteinander identisch sind oder ob ersteres ausser der Willenserklärung noch andere Bestandteile enthalten kann; uns genügt die Feststellung, dass ein Rechtsgeschäft ohne Willens-

[1]) Mot. Bd. 1 S. 126. Ähnlich die meisten Schriftsteller; vgl. z. B. Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 1 S. 369.

erklärung unmöglich ist. Über den Begriff der Willenserklärung aber, den wir vorläufig ohne die spezifisch juristische Bedeutung betrachten wollen, belehrt uns am besten die Definition von Hölder[1]): „Das Verhalten einer bestimmten Person, das einen bestimmten Inhalt als von ihr gewollt **bezeichnet,** ist eine Willenserklärung derselben." Nur erscheint uns das Wort „bezeichnet" nicht prägnant genug; wir möchten stärker betonen, dass dieses Verhalten der Aussenwelt, d. h. irgendeiner Person ausser dem Erklärenden selbst, bekannt geworden sein muss; denn sonst würde man nicht das Wort „Erklärung" anwenden dürfen, welches offenbar nur zutrifft, sobald jemandem der Inhalt der Äusserung klar geworden ist. Wer diese dritte Person ist, bleibt sich gleich; dass gerade derjenige, für welchen die Erklärung bestimmt ist, sie vernimmt, ist nicht für den Begriff, sondern lediglich für die Wirksamkeit der Willenserklärung wesentlich. Darum resümieren wir: Willenserklärung ist das Verhalten einer bestimmten Person, welches der Aussenwelt einen bestimmten Inhalt als von dieser Person gewollt bezeichnet.

Aus dieser Definition geht hervor, dass eine Willenserklärung nur dann vorliegt, wenn diejenige Person, welche der Aussenwelt als wollend — wir können auch sagen: als erklärend — erscheint, wirklich ein Verhalten beobachtet hat, das objektiv als Willenserklärung auszulegen ist[2]). Tritt jemand unter falschem Namen mit einer eigenen mündlichen Erklärung auf, so erscheint der Aussenwelt doch der Erklärende und nicht etwa derjenige, dessen Name missbraucht worden ist, als Subjekt der Willenserklärung. Bei Fälschung schriftlicher Erklärungen jedoch liegt der Fall ebenso wie der unten zu besprechende des ermächtigungslosen Boten. Auch der Fall der Stellvertretung macht keine Ausnahme, da, wie schon besprochen, der Vertreter (nicht der Vertretene) den Er-

[1]) BGB. I S. 238.

[2]) Darauf, ob der von der Aussenwelt vernommene Inhalt mit dem Willen des Erklärenden übereinstimmt, kommt es zunächst nicht an, da der Fall der Divergenz durch Spezialbestimmungen geregelt ist (§§ 119, 120, 123 BGB. usw.).

klärungswillen fasst und der Aussenwelt als erklärend erscheint. Ebenso steht die Definition mit der Erscheinung des Boten durchaus im Einklange, nur dass hier — wir reden zunächst von dem Regelfalle des Boten mit Ermächtigung — der **Absender** sowohl den Willen fasst als auch ihn der Aussenwelt gegenüber erklärt. Deshalb muss auch der Spruchbote — der Erklärungstheorie gemäss — durch die Form, in welcher er die Botschaft ausrichtet, erkennen lassen, dass es sich nicht um seine eigene, sondern um eine fremde Erklärung handelt; tut er dies nicht, so ist er eben Vertreter. Zwar erlangt die Erklärung des Herrn rechtliche Wirksamkeit erst, wenn sie durch Vermittelung des Boten dem Adressaten zugeht; aber dadurch wird der Bote ebensowenig zum Erklärenden wie der Briefträger, durch dessen Hand der Brief dem Empfänger zugeht.

Prüfen wir nunmehr die Anwendbarkeit der Definition auf die Äusserung des Boten, welcher jeglicher Ermächtigung entbehrt, so ergibt sich das Resultat, dass eine Willenserklärung nicht vorliegt. Wem sollte auch die angebliche Willenserklärung zugerechnet werden? Nach aussen hin erscheint als erklärend der angebliche Absender; eine Erklärung von ihm liegt nicht vor, denn er hat kein „Verhalten, das . . . einen bestimmten Inhalt als gewollt bezeichnet“ beobachtet. Der Bote wiederum hat keine Willenserklärung abgegeben, weil der Inhalt der Äusserung nicht „als von dieser Person gewollt“ erscheint. Dass gerade in diesem Punkte das wichtigste Charakteristikum des Boten im Gegensatz zum Vertreter liegt und dass es auch bei dem Boten ohne Ermächtigung in vollem Umfange zutrifft, haben wir ja oben bereits festgestellt. Wir kommen also wieder auf den Baldusschen Satz zurück: Si nuntio deficit mandatum, non reperitur ibi persona . . . nihil est et nihil loquitur.

Ein solcher Tatbestand, der keine Willenserklärung ist, kann auch nicht nachträglich dadurch zu einer Willenserklärung werden, dass der angebliche Absender später die Botenbestellung genehmigt. Die Genehmigung im Falle der vollmachtlosen Vertretung und der Verfügung eines Nicht-

berechtigten ändert nichts an dem Wesen des vorgenommenen Aktes. Der Tatbestand bleibt derselbe; nur werden ihm gewisse Wirkungen, die er ursprünglich nicht hatte, nachträglich beigelegt, und zwar so, als ob ihre Voraussetzungen von Anfang an bestanden hätten. Infolge letzterer Funktion steht die Genehmigung zwar in Bezug auf ihre gesetzlichen Folgen der Einwilligung gleich, aber sie ist mit ihr nicht identisch. Das Geschäft, welches ein Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen hat, wird durch die Ratihabition nicht zu dem eines Vertreters, der von vornherein Vertretungsmacht hatte, sondern es erhält nur die Wirkungen eines solchen; dasselbe gilt für § 185 Abs. 2 BGB. Ebensowenig kann ich die Erklärung eines unbeauftragten Boten dadurch zu einer Willenserklärung (nämlich meiner Willenserklärung) machen, dass ich sie genehmige. Denn zu einer Willenserklärung gehören die bestimmten, oben gekennzeichneten Voraussetzungen. Sind diese ursprünglich nicht vorhanden, so können sie auch nicht nachträglich geschaffen werden, weil sie eben „voraus"gesetzt werden. Verschieden hiervon ist die Frage, ob ein Tatbestand, der nicht Willenserklärung ist, nachträglich mit den **Wirkungen** einer solchen ausgestattet werden kann. Sie ist zweckmässiger im Zusammenhange mit dem nächsten Punkte zu erörtern.

Wenn wir oben den Grundsatz aufgestellt haben: „Gewisse Arten von Rechtsgeschäften . . . erlangen mit rückwirkender Kraft Wirksamkeit . . .", so war die Beschränkung der Genehmigung auf Rechtsgeschäfte geboten, weil es sich um die Bildung eines Rechtssatzes mittels Analogie handelte und die analogen Fälle sämtlich Rechtsgeschäfte darstellten. Nun könnte uns aber vielleicht eingeworfen werden, dass, obschon im Falle des nicht-ermächtigten Boten kein Rechtsgeschäft vorliegt, doch die sonstige Sachlage derjenigen der §§ 177, 180 und 185 ähnlich genug sei, um eine Analogie nahezulegen. Wollen wir daher zu einem unangreifbaren Ergebnisse im negativen Sinne gelangen, so müssen wir zunächst beweisen, dass die Beschränkung der Ratihabition auf Willenserklärungen eine **innere** Berechtigung hat, m. a. W., dass sie im Wesen der Sache begründet ist.

In der Tat würde es denn auch einer vollkommenen Umwälzung unserer juristischen Grundanschauungen gleichkommen, wollte man die Frage nach der Genehmigungsfähigkeit nicht-rechtsgeschäftlicher Tatbestände bejahen. Man würde die mühsam festgestellten Definitionen von Willenserklärung und Rechtsgeschäft, die zu den Fundamenten unserer Privatrechtswissenschaft gehören, illusorisch machen, wenn man zugeben wollte, dass Tatbestände, die den vorgeschriebenen Erfordernissen der Willenserklärung nicht genügen, doch auf einem Umwege deren Wirkungen erhalten können. In all den anderen Fällen, wo Rechtsgeschäfte nachträglich mit gewissen Wirkungen ausgestattet werden, handelt es sich eben nur um spezielle Voraussetzungen und spezielle Wirkungen, hier dagegen stehen die primären Erfordernisse jedes Rechtsgeschäfts und seine allgemeinsten Wirkungen in Frage. Für eine laxe Anwendung dieser Grundnormen würde sich nirgends im Recht ein Analogon finden lassen. Geradezu dagegen spricht sogar § 141 BGB., welcher besagt, dass die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts als erneute Vornahme zu betrachten ist, also keine rückwirkende Kraft hat[1]). So streng ist das Gesetz also selbst dort, wo immerhin ein allerdings nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt; um so mehr muss bei nichtrechtsgeschäftlichen Tatbeständen eine rückwirkende Genehmigung als ausgeschlossen gelten.

Hiergegen darf man nun nicht etwa einwenden, dass ich die Möglichkeit habe, Dinge zum Bestandteil eines Rechtsgeschäfts zu machen, die ursprünglich diese Eigenschaft nicht besessen haben. Natürlich kann ich erklären, dass eine bestimmte Stelle in einem längst gedruckten Buche, dass die nicht-rechtsgeschäftliche Äusserung eines Dritten, dass die Laute eines Phonographen oder die Worte eines Papageis als meine Willenserklärung angesehen werden sollen. Dadurch **werden** jene Vorgänge aber keineswegs zu meiner Willenserklärung. Vielmehr ist lediglich meine eigene jetzige Äusse-

[1]) Abs. 2 ändert an diesem Grundsatz nichts; denn die dort für Verträge ausgesprochene Retrotraktion gilt nur im Zweifel, nur inter partes und vor allem nur obligatorisch.

rung die Willenserklärung; nur hat diese die Eigentümlichkeit, dass sie ohne die früheren Vorgänge, auf welche sie Bezug nimmt, nicht verstanden werden kann; jene Tatsachen sind also Auslegungsmaterial. Genau genommen haben wir dabei sogar einen alltäglichen Fall vor uns: Wenn ich die Erklärung, welche ich schriftlich abgeben will, mir von einem anderen aufsetzen und niederschreiben lasse und dann bloss unterzeichne, so gebe ich ja auch den über meiner Unterschrift stehenden Zeilen eine rechtsgeschäftliche Bedeutung, die ihnen ursprünglich abging. Bei allen hier besprochenen Tatbeständen ist jedoch zu beachten, dass die Wirkung des Rechtsgeschäfts erst von dem Augenblicke ab datiert, wo der Betreffende erklärt, dass er jene Vorgänge als seine Willenserklärung betrachten wolle, dass mithin eine Rückwirkung dieser Erklärung ausgeschlossen ist. Die von fremder Hand geschriebene Verpflichtungsurkunde wird wirksam natürlich erst von dem Zeitpunkt ab, wo ich meinen Namen darunter setze, die Worte des Papageis erst, sobald ich erkläre, dass ich sie zu den meinigen mache. All diesen Erklärungen geht also die rückwirkende Kraft ab, die wir als Charakteristikum jeder Genehmigung erkannt haben. Dass ich erklären kann: „Das, was der unbeauftragte Bote für mich gesagt hat, soll als meine Erklärung gelten," unterliegt ja keinem Zweifel; aber darin ist keine Genehmigung im technischen Sinne zu erblicken, denn die Wirkungen dieser meiner Erklärung erstrecken sich nicht auf den Zeitpunkt zurück, in dem der Bote die Äusserung getan hat. Dieser Punkt ist praktisch sehr wichtig, insbesondere dann, wenn ein Vertragschluss in Betracht kommt. Könnte ich eine Offerte, welche der falsus nuntius für mich überbracht und welche der Empfänger durch eine an mich gerichtete Erklärung angenommen hat, rückwirkend genehmigen, so würde der Vertrag mit dem Eintreffen der Antwort zustande gekommen sein. Da ich aber diese Macht nicht habe, so erscheint meine angebliche Genehmigung, wofern sie überhaupt dem Gegner zugeht, erst als die wirkliche Offerte, und demgemäss muss der Empfänger seinerseits nochmals die Akzeptation aussprechen, um den Vertrag

perfekt zu machen. Freilich können die Parteien bei dieser Bestätigung vereinbaren, dass sie „einander gewähren wollen, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an giltig gewesen wäre"; aber im Gegensatz zu § 141 Abs. 2 BGB. wird man die obligatorische Rückwirkung hier im Zweifel nicht als gewollt ansehen können. Denn bei nichtigen Verträgen haben die Parteien doch tatsächlich von Anfang an den allerdings mangelhaften Willen gehabt, das Geschäft abzuschliessen, während dies bei der Erklärung des nicht-ermächtigten Boten auf den falsus dominus nicht zutrifft.

Unsere Ansicht erfährt dadurch eine wertvolle Unterstützung, dass derjenige Jurist, welcher sich am eingehendsten mit der Ratihabition beschäftigt hat, Seuffert, die Genehmigung im weitesten Sinne definiert als „ein Rechtsgeschäft, welches mit einem zeitlich vorangehenden Rechtsgeschäft in organischem, konservativem Zusammenhange steht"[1]). Zwar kennt er auch eine Genehmigung von nicht-rechtsgeschäftlichen Tatbeständen, z. B. Delikten, aber die kurze Bemerkung, welche er darüber macht[2]), zeigt deutlich, dass er diese Genehmigung als etwas völlig Wesensverschiedenes behandelt und keineswegs an die Möglichkeit denkt, durch eine Ratihabition nachträglich Nicht-Rechtsgeschäfte mit der Wirkung von Rechtsgeschäften auszustatten.

Von einem anderen Gesichtspunkte aus erledigt sich die Frage der Genehmigungsfähigkeit bei den auf S. 29 fgd. unter No. 1—4 aufgezählten Fällen unwirksamer Willenserklärungen durch Boten. Wir haben schon hervorgehoben, dass eine Erklärung durch Boten von dem Augenblicke ab, wo sie der Absender verfasst, bis zu dem Moment des Zugehens an den Empfänger eine einheitliche Willenserklärung

[1]) Ratihabition S. 2.

[2]) Ratihabition S. 3: „Es ist auch denkbar, dass ein Rechtsgeschäft auf einen rechtlich bedeutsamen Akt, der nicht Rechtsgeschäft ist — Delikt als Obligationsgrund — einwirkte, Genehmigung von Delikten in privatrechtlicher Bedeutung. Diese liegt ... nicht im Kreise unserer Betrachtung."

u. z. eine solche des Absenders darstellt. Diese Regel gilt wegen der unjuristischen Natur des Instituts der Botschaft ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine rechtlich irrelevante, wirksame oder unwirksame Erklärung handelt, und trifft darum in den genannten Fällen ebenso zu wie im Normalfalle des Boten mit rechtswirksamer Erklärung. Infolgedessen handelt es sich in all diesen Fällen nicht um die bisher erörterte Frage, ob eine Äusserung des Boten von dem Geschäftsherrn genehmigt werden kann, sondern darum, ob eine mit einem Mangel behaftete Willenserklärung des Absenders — welche zufällig durch einen Boten übermittelt worden ist — von dem Absender selbst bestätigt[1]) oder von seinem Gewalthaber bzw. dem dinglich Berechtigten genehmigt werden kann. Die Beantwortung dieser Frage wird natürlich durch die Tatsache der Botschaft nicht berührt, sondern ist ganz dieselbe, wie wenn Erklärungen unter Anwesenden in Betracht kämen.

Daher ist, sobald die ursprüngliche Erklärung nichtig war (Fall 1), der schon besprochene § 141 BGB. anzuwenden; d. h., von der Milderung durch Absatz 2 abgesehen, ist eine Genehmigung ex tunc nicht angängig. Dieses Ergebnis zeigt übrigens klar, dass unsere Entscheidung betreffs des Boten ohne jede Ermächtigung richtig gewesen ist; denn es wäre doch widersinnig, wenn ich eine Botenbestellung, zu der ich überhaupt keinen Anlass gegeben habe, mit rückwirkender Kraft genehmigen könnte, nicht aber die Äusserung des Boten, welcher meine nichtige Willenserklärung wiedergibt.

Der Fall 2 (die Willenserklärung ist anfechtbar und angefochten) ist genau so wie der erste zu entscheiden. Wird das anfechtbare Rechtsgeschäft vor der Anfechtung bestätigt, so wird es gemäss § 144 BGB. unanfechtbar.

Der Vertragsantrag oder die Vertragsannahme seitens eines Minderjährigen (Fall 3) unterliegt der Genehmigung

[1]) Dem Sprachgebrauche des BGB. gemäss reden wir nur dort von „Genehmigung", wo der Genehmigende eine von dem ursprünglichen Erklärenden verschiedene Person ist; sind beide identisch, so liegt „Bestätigung" vor.

durch den gesetzlichen Vertreter nach den Vorschriften der §§ 108, 109 BGB.

Die Verfügung, welche ein Nichtberechtigter mit Hilfe eines Boten über einen Gegenstand getroffen hat (Fall 4), muss, um Wirksamkeit zu erlangen, von dem wahren Berechtigten genehmigt werden, es sei denn, dass die §§ 932 fgd. BGB. eingreifen. Zur Vermeidung von Missverständnissen wollen wir erwähnen, dass Verfügungen, die jemand als nichtermächtigter Bote des berechtigten Herrn übermittelt, den gewöhnlichen, oben erörterten Regeln unterliegen und deshalb einer Genehmigung nicht fähig sind; denn § 185 Abs. 2 bezieht sich nur auf Verfügungen, die ein Unbefugter im eigenen Namen vornimmt[1]). Ferner kann in diesem Falle auch nicht etwa § 932 herangezogen und die Verfügung als giltig betrachtet werden, sobald der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit an die Ermächtigung des Boten geglaubt hat; denn der „gute Glaube" des § 932 bezieht sich lediglich auf das Eigentum des Veräusserers, nicht auf die Ermächtigung des Mittelsmannes, was die Sonderbestimmung des § 366 HGB. e contrario bestätigt.

Alles, was in dem vorliegenden Abschnitt gesagt worden ist, gilt gleichmässig für den Spruchboten wie für den Briefträger.

B. Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem nichtermächtigten Boten und dem Erklärungsempfänger.

I. Die Anwendbarkeit des § 179 BGB.

Wir haben oben[2]) besonderen Wert auf die Feststellung gelegt, dass der Bote ohne Ermächtigung nicht Vertreter ist. Diese Erkenntnis würde uns aber keineswegs hindern, zur Ausfüllung der Lücke, welche das Gesetz bezüglich des Boten ohne Ermächtigung gelassen hat, die Normen der Vertretung ohne Vertretungsmacht im Wege der Analogie heranzuziehen. Daher haben wir schon bei der Frage der Genehmigung die

[1]) Vgl. Planck, BGB. I, § 185 Anm. 3, RG. Bd. 53, S. 274.

[2]) S. 27.

Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung der §§ 177 fgd. BGB. eingehend geprüft, wenn es sich dort auch mehr um eine allgemeine Rechtsanalogie handelte. Jetzt, wo wir dazu übergehen, die Rechtsbeziehungen des falsus nuntius zu dem Erklärungsempfänger zu erörtern, erinnern wir uns einer anderen Bestimmung aus dem Rechte der Vertretung, nämlich des § 179 BGB. Er lautet:

> „Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert.
>
> Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat.
>
> Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat."

Dass nur von Verträgen gesprochen wird, brauchte uns an einer Analogie nicht zu hindern; denn einmal wird die Bestimmung durch § 180 Satz 2 auch auf einseitige, empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte ausgedehnt; ferner liesse sich, wofern man sich im übrigen für die Analogie entscheiden wollte, diese so bewirken, dass man den Boten, welcher entweder einen Vertragsantrag oder eine Annahme unbefugterweise bestellt, für den Schaden haften liesse. Ob für eine solche analoge Anwendung des § 179 zureichende Gründe vorhanden sind, wird nunmehr zu prüfen sein.

a) Der dem § 179 zugrunde liegende Gedanke.

Dass zwei Tatbestände zueinander im Verhältnis der Analogie stehen, bedeutet soviel wie: Sie stimmen in einzelnen Punkten überein und differieren in anderen. Daher kann ein und derselbe Tatbestand mehreren anderen Tatbeständen gleichzeitig analog sein, indem er mit dem einen diese, mit dem anderen jene Umstände gemeinsam hat. Wie hieraus hervorgeht, kann es, um die für einen bestimmten Tatbestand vom Gesetz aufgestellte Regel auf einen anderen zu übertragen, nicht genügen, dass die beiden Tatbestände einander in irgend einer Beziehung analog sind; denn sonst müssten ja, wenn ein nicht-geregelter Tatbestand zwei gesetzlich verschieden behandelten analog ist, beide Normen zur Anwendung gelangen, was natürlich unmöglich ist. Vielmehr dürfen wir die gesetzliche Folge eines Tatbestandes auf einen anderen nur dann übertragen, wenn beide gerade in denjenigen Punkten übereinstimmen, welche den Gesetzgeber zur Aufstellung seiner Norm veranlasst haben, m. a. W., wenn die Idee, die der betreffenden gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegt, auch auf den nicht-geregelten Tatbestand passt. Daneben ist zwar auch die Zweckmässigkeit der analogen Anwendung zu prüfen; jedoch werden beide Untersuchungen meist zu demselben Resultat führen, weil sich der Gesetzgeber gewöhnlich von Zweckmässigkeitsgründen leiten lässt.

Darum wollen auch wir den Gedanken aufzudecken suchen, auf dem die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht beruht. Weil aber der Sinn des § 179 BGB. ohne die Entwickelung, deren Abschluss er bildet, nicht zu verstehen ist, müssen wir zunächst auf diese einen kurzen Blick werfen.

Im römischen Recht, das als Regel nur indirekte Stellvertretung kannte, ergab sich die Haftung des falsus procurator von selbst[1]). Der Vertreter schloss das Rechtsgeschäft im eigenen Namen ab, behielt sich jedoch vor, die Rechte und Pflichten aus demselben auf den Vertretenen zu übertragen. War dies nicht möglich, weil er ohne dessen con-

[1]) Vgl. l. 1 § 9 D. 15,4.

sensus gehandelt hatte und der Geschäftsherr die ratihabitio verweigerte, so blieb folgerichtig der ursprüngliche Kontrahent Geschäftspartei.

Eine ähnliche Begründung für die Haftung des unbefugten Vertreters gab noch im gemeinen Recht, trotz der inzwischen erfolgten Anerkennung der direkten Stellvertretung, Bähr (Jahrb. f. D., Bd. 6 S. 290).

Die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller emanzipierten sich erklärlicherweise von dem römischen Standpunkt. Unter den zahlreichen Theorien, die sie aufstellten, war am verbreitetsten die, wonach ein jeder, der für einen Dritten kontrahiere, mit dem Gegner einen stillschweigenden Garantievertrag für das Vorhandensein der Vollmacht schliesse; so Buchka S. 238, Windscheid, Pandekten, Bd. 1 S. 369 No. 7a, Hellmann S. 142, Reichsgericht Entsch. Bd. 35 S. 145 u. a.

Vielfach griff man auch auf die von Jhering aufgestellte Theorie der culpa in contrahendo zurück und behauptete demgemäss, der Vertreter ohne Vertretungsmacht hafte nur bei Verschulden, das ihn als Vertragschliessenden haftbar mache; z. B. Laband, Ztschr. f. HR., Bd. 10 S. 234.

Regelsberger, selbst Romanist, lehrte, dass man in der Haftung des falsus procurator einen Ausfluss des deutschrechtlichen Verursachungsprinzips zu sehen habe[1]).

Eine gesetzliche Regelung erfuhr die Materie zuerst im Allgemeinen Landrecht. Seine §§ 128 und 151, I, 13 entspringen wohl der Hinneigung der preussischen Kodifikation zum Naturrecht und einer damit verbundenen Rücksichtnahme auf die Verkehrssicherheit. Von dem ziemlich unzulänglich gefassten Artikel 1997 des Code Civil können wir absehen; es folgt Artikel 95 der Wechselordnung, der jeden unbevollmächtigten Vertreter auf Erfüllung haften lässt. Diese Strenge erklärt sich durch die Bedürfnisse und Eigenheiten des Wechselverkehrs. Eine gleich scharfe Haftung bestand nach altem Handelsrecht (ADHGB. Art. 55 und 298 Abs. 2). Hier

[1]) Andere, weniger prägnante Ansichten vgl. bei Mitteis, S. 156 fgd., Zimmermann, S. 293 fgd., Reichsgericht, Bd. 6 S. 214.

war sie jedoch nicht völlig am Platze, und man gab deshalb bei der Revision des HGB. die Sondervorschrift zugunsten des Bürgerlichen Rechts ganz auf.

§ 125 des ersten Entwurfs zum BGB. stimmte fast wörtlich mit diesen Vorschriften überein und sah, wie das alte HGB., einen Ausschluss der Ersatzpflicht nur vor, wenn der Gegner den Mangel der Vollmacht positiv kannte. Die Motive geben verschiedene gesetzgeberische Gründe an und erwähnen auch nebenher das stillschweigende Garantieversprechen[1]). In der II. Kommission wurde nach längeren Erörterungen diese Theorie preisgegeben, die Norm wesentlich gemildert und die schliessliche Regelung, die dem Sinne nach mit der heutigen Fassung des § 179 übereinstimmt, hauptsächlich mit Billigkeitserwägungen und den nichtssagenden Worten „der Vertreter handle auf eigene Gefahr" begründet[2]).

Unter den Ansichten über die ratio des geltenden Gesetzes kehren, was auffallen könnte, mehrere beliebte Theorien des gemeinen Rechts nicht wieder, so die von der culpa in contrahendo. Konsequenterweise kann man aus ihr auch nur eine Haftung auf das negative Interesse ableiten, ferner greift sie lediglich im Falle des Verschuldens durch; beides entspricht jedoch nicht dem BGB.

Nicht wiederaufgenommen worden ist ferner die Theorie von dem stillschweigenden Garantievertrage. Schon im gemeinen Recht wurde sie lebhaft bekämpft; besonders wies Laband[3]) darauf hin, dass sie jemandem eine Verpflichtungserklärung imputiert, der ausdrücklich erklärt hat, sich nicht verpflichten zu wollen. Wenn man weiter bedenkt, dass auch der Gegner, der ja den Vollmachtsmangel nicht kennt[4]), schwerlich ein Garantieversprechen verlangen wird, so muss man die Theorie für eine blosse Fiktion erklären. Eine solche mag notwendig gewesen sein, solange auf andere Weise keine Ersatzpflicht des schuldlosen Vertreters ohne Vertretungsmacht

---

[1]) Mot. Bd. 1, S. 244.
[2]) Protokolle Bd. 1, S. 160.
[3]) Ztschr. f. HR., Bd. 10 S. 234.
[4]) Andernfalls hat er keinen Ersatzanspruch.

herbeizuführen war; seitdem jedoch das BGB. diese Haftung mittels positiver Vorschrift begründet hat, ist die Fiktion überflüssig und bedeutungslos geworden. Denn eine Fiktion vermag wohl fehlende gesetzliche Normen zu ersetzen, nicht aber vorhandene zu erklären.

Dagegen sind verschiedene neue Erklärungen aufgetreten, die unsere Bestimmung durch eine allgemeine Idee mit anderen Vorschriften des geltenden Reichsrechts zu verknüpfen suchen. Am kürzesten drückt sich Endemann aus, der sagt:

> „Dieser Grundsatz ist eine Anwendung der allgemeinen Regel, dass jeder Geschäftsfähige die volle Verantwortung für seine rechtsgeschäftliche Erklärung tragen muss." (Bürgerl. Recht, Bd. 1 S. 411 Anm. 8.)

Die Begründung ist offenbar nicht ausreichend; denn der Vertreter will, wie schon erwähnt, für sich keine Rechtswirkungen erzeugen. Warum diese Folge hier dennoch eintritt, wird eingehender begründet werden müssen. Einen Versuch dazu macht Schlossmann[1]), indem er gleich jedem Vertragschliessenden auch den Vertreter für verpflichtet erklärt; nur sei dessen Haftung eine bloss subsidiäre und ruhe darum im Normalfalle. Seine Theorie kann jedoch nicht plausibel machen, weshalb der redliche[2]) Vertreter ohne Vertretungsmacht nur auf das negative Interesse haftet. Ebensowenig vermag es Isay[3]), der den alten deutschrechtlichen Gedanken der rechtsgeschäftlichen „Haftung ohne Schuld" aufgegriffen hat. Diese Konstruktion ist ausserdem unserem heutigen Rechtsbewusstsein völlig fremd.

Die letzte derjenigen Theorien, welche die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht auf eine rechtsgeschäftliche Grundlage zurückführen, ist von Hölder[4]) angedeutet und von Hupka ausführlich begründet worden. Er stellt etwa den

---

[1]) Stellvertretung, Bd. 1 S. 393.

[2]) Wir gebrauchen für denjenigen, welcher den Mangel eines Rechtsgeschäfts nicht kennt, die Bezeichnung „redlich", um die spezifische Bedeutung des Wortes „gutgläubig" (vgl. § 932 BGB.) zu vermeiden.

[3]) Geschäftsführung S. 255.

[4]) BGB. I, § 179 Anm. 1.

Satz auf: „Wer einen anderen durch die Behauptung gewisser Tatsachen zum Kontrahieren veranlasst, hat die Richtigkeit dieser Behauptung zu gewährleisten," und glaubt seine Anwendung im BGB. an verschiedenen Stellen nachweisen zu können. Insbesondere sei im Falle des § 179 verpflichtend

> „die Behauptung des Vertreters, Vertretungsmacht zu besitzen, und die vom Gesetze anerkannte Notwendigkeit, den guten Glauben des Dritten an die Wahrheit dieser Behauptung zu schützen." (Haftung S. 92 fgd.)

Gegen die Richtigkeit dieser Anschauung in dem Umfange, wie Hupka glaubt, spricht die gänzlich verschiedene Haftung in den von ihm genannten Fällen; bei konsequenter Durchführung seiner Ansicht müsste doch stets Erfüllung geschuldet werden. Wirklich gibt auch Hupka selbst zu, dass das BGB. gegenüber dem alten HGB. „seinen Standpunkt sehr erheblich in der Richtung der blossen Kausalitätshaftung modifiziert" habe[1]).

Die einzige Theorie, welche kein Rechtsgeschäft voraussetzt, ist die Verursachungstheorie. Wir können dieselbe bei Gierke (Entwurf S. 171) und Stumpff (S. 88, 89) nachweisen, welch letzterer wenigstens die Haftung des redlichen Vertreters mit ihr begründet. Ähnlich erklärt Cosack die Ersatzpflicht aus § 179 für eine „echte Haftung für innere Zufälle" (Bürgerl. Recht, Bd. 1 S. 258).

In der Tat wird man nicht leugnen können, dass, soweit die Haftung des redlichen Vertreters ohne Vertretungsmacht in Betracht kommt, § 179 das Verursachungsprinzip wieder zu Ehren gebracht hat. Das ergibt sich daraus, dass eine Verpflichtung auf Erstattung des negativen Interesses ihrem Wesen nach nicht-rechtsgeschäftlicher Natur ist. Denn das negative Interesse wird vom Gesetz bezeichnet als „der Schaden, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut"; dieser Schaden aber ist

---

[1]) Haftung S. 220. Vgl. die Kritik des Hupkaschen Systems bei Kipp in der Ztschr. f. HR., Bd. 57 S. 221 fgd.

gleichbedeutend mit demjenigen Betrage, um welchen der Gegner reicher sein würde, wenn der Ersatzpflichtige niemals in Beziehungen zu ihm getreten wäre. Mithin unterscheidet sich das negative Interesse in nichts von dem Schaden, welcher bei jedem Delikt, ganz gleich welcher Art, zu erstatten ist, und setzt seinem Wesen nach kein Rechtsgeschäft voraus. Herrschend ist freilich für ausserkontraktliche Schuldverhältnisse in unserem Recht nicht das Verursachungs-, sondern das Verschuldungsprinzip. Dieser Umstand schliesst aber nicht aus, dass man auf das erstere Prinzip dort zurückgreift, wo Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit dem Rechtsbedürfnisse nicht genügen würde. Es müssen also zu dem Elemente der Verursachung noch besondere Gründe hinzutreten, um daran Rechtsfolgen zu knüpfen[1]). Zwei Hauptgruppen von Fällen wird man unterscheiden: Erstens solche, bei denen man haftet, weil man im eigenen Interesse tätig geworden ist; die Ungersche Formel lautet: „Eigenes Interesse, eigene Gefahr“[2]), während Merkel vom Prinzip des aktiven Interesses spricht[3]). Zweitens die Fälle, in denen die Haftung eintritt, weil man unter eigener Verantwortlichkeit — insbesondere rechtsgeschäftlich — tätig geworden ist. Die Eigentümlichkeit der letztgenannten Gruppe erklärt es, dass die Ersatzpflicht auf das negative Interesse zuweilen als Abschwächung der rechtsgeschäftlichen Haftung[4]) bezeichnet wird. Wenn sie das auch in praxi oft ist, glauben wir sie doch theoretisch anders ableiten zu sollen, nämlich aus dem Verursachungsprinzip. Zu der Gruppe werden insbesondere §§ 122, 795 Abs. 3 BGB. und, was für uns am wichtigsten ist, § 179 Abs. 2 zu rechnen sein. Denn der Vertreter wird rechtsgeschäftlich tätig und zwar unter eigener Verantwortung, weil er den Entschluss fasst und die Erklärung als die seine abgibt. Der Fortfall der Haftbarkeit gegenüber einem

---

[1]) Vgl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, G. Rümelin, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 88 S. 285 fgd.

[2]) Jahrb. f. D., Bd. 33 S. 359.

[3]) Kollision usw. S. 144 fgd.

[4]) Vgl. Kohler, Bürgerl. Recht, Bd. 1 S. 558.

wissenden oder fahrlässigen Dritten findet sich auch bei § 122 wieder und ist dadurch gerechtfertigt, dass, sobald auch die Gegenpartei infolge ihres Verschuldens verantwortlich ist, eine par causa, wenn nicht gar eine melior causa für den Vertreter besteht. Die Befreiung des beschränkt Geschäftsfähigen liegt ebenfalls in der Natur der Sache; er ist nicht einmal für die im eigenen Namen vorgenommenen Rechtsgeschäfte haftbar, viel weniger dann, wenn er im fremden Namen handelt.

Durch dieses Postulat der Verantwortlichkeit finden wir auch die Brücke zu dem anderen Prinzip, das unserer Meinung nach die Haftung des unredlichen falsus procurator auf Erfüllung erklärt — eine Verpflichtung, welche zweifellos rechtsgeschäftlichen Ursprungs ist. Die Ausführungen Hupkas, dass jeder für seine Behauptungen beim Abschlusse von Rechtsgeschäften einzustehen habe, besitzen zweifellos etwas Wahres, doch würden wir eine abweichende Formulierung vorziehen. Wir glauben in vielen Gesetzesbestimmungen das Prinzip zu erkennen: Wer wissentlich durch eine unter eigener Verantwortlichkeit abgegebene Erklärung einen Zustand schafft, durch den bei einem dritten Beteiligten der Glaube an das Bestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses erweckt werden muss, hat diesen Dritten so zu stellen, als bestände das Rechtsverhältnis wirklich, ohne Rücksicht darauf, ob dies der Fall ist. In entsprechender Weise begründet z. B. v. Seeler[1]) die „Scheinvollmacht" der §§ 171 und 172 BGB.; wir würden damit auch BGB. §§ 54, 405, 409, 794 Abs. 1 u. a., vor allem § 179 Abs. 1 erklären. Die Befreiung des geschäftsbeschränkten Vertreters und diejenige gegenüber dem fahrlässigen Gegner erklären sich aus denselben Erwägungen wie oben.

Die Begründung der beiden Absätze des § 179 mit zwei verschiedenen, wenn auch untereinander verwandten, Rechtsgedanken könnte Bedenken erregen, wird aber durch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen plausibel gemacht. Die strengere Haftung allein fand sich im ersten Entwurf und wurde durch die Motive für eine rechtsgeschäftliche erklärt

[1]) Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 28 S. 2.

(stillschweigender Garantievertrag). Erst die II. Kommission hat die Haftung teilweise auf das negative Interesse ermässigt. Zwischen beiden Entwickelungsstufen aber liegt das Erscheinen mehrerer Schriften, besonders des Gierkeschen Gutachtens, welche eine Berücksichtigung des deutschrechtlichen Verursachungsprinzips lebhaft empfahlen.

b) Die Nutzanwendung auf den Boten.

Versuchen wir nunmehr festzustellen, ob die besprochenen Theorien eine analoge Anwendung des § 179 auf den Boten zulassen, so dürfen wir diese Frage zunächst bei der römischen, auch von Bähr[1]) vertretenen Auffassung glatt ablehnen; denn auch im römischen Recht ging der **Bote** das Rechtsgeschäft natürlich nicht im eigenen Namen ein, war also niemals prinzipal verpflichtet. Die Theorie vom stillschweigenden Garantievertrag erwies sich schon beim Vertreter in der Regel als Fiktion; beim Boten würde sie vollkommen haltlos sein. Wer auf eine Botenbestellung eingeht, tut dies nur, wenn er völlig auf das Vorhandensein der Botenermächtigung vertraut; er denkt also gewiss nicht daran, sich ein solches Versprechen geben zu lassen, der Bote noch viel weniger, es zu erteilen. — Die Theorien von Endemann, Schlossmann und Isay basieren wie die römische sämtlich auf der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Vertreters; deshalb passt keine von ihnen auf den Boten, der ja niemals eine eigene Willenserklärung abgibt.

Nicht so einfach liegt es bei der Hupkaschen Theorie, wiewohl sie ja auch von einer rechtsgeschäftlichen Grundlage ausgeht. Wollten wir nämlich Hupkas Grundsatz wörtlich anwenden und jeden haften lassen, der einen anderen durch das Vorgeben gewisser wesentlicher Tatsachen zum Abschlusse eines Geschäfts bestimmt, so fiele sicher der Pseudobote auch hierunter. Dennoch hat Hupka diese Konsequenz de lege lata ausdrücklich abgelehnt[2]). Wenn er meint, de lege ferenda auch für den Boten ohne Botschaft eine solche

[1]) Vgl. jedoch S. 61.
[2]) Haftg. S. 109.

„Behauptungsgarantie“ empfehlen zu sollen — wenigstens für die Fälle leichtfertigen Handelns[1]) —, so wird man mit Recht fragen können, weshalb er nicht schon im geltenden Rechte diese Analogie zieht; wird er doch durch keine gesetzliche Regelung daran gehindert. Vielleicht sind Hupka selbst Bedenken aufgestiegen, ob sich seine Theorie dem Sinne nach noch auf diesen Fall erstrecken lässt, oder ob sie nicht vielmehr nach der Natur der Sache enger zu fassen ist, als der Wortlaut glauben machen könnte. Das ist auch mit der Hauptgrund, weshalb wir sie nicht vorbehaltlos akzeptiert, sondern statt dessen eine etwas abweichende Formulierung gewählt haben. Spricht man aus, dass nur derjenige hafte, der auf eigene Verantwortung handelt, so hat man das rechtsgeschäftliche Moment hineingebracht und kann nun den Boten unbedenklich ausschalten. Der Bote handelt eben nicht unter eigener Verantwortlichkeit, sondern unter fremder, weil er keinen eigenen rechtsgeschäftlichen Willen hat. Sobald auch die fremde Verantwortlichkeit fehlt, werden seine Äusserungen daher rechtsgeschäftlich von niemandem verantwortet und können höchstens vom Standpunkt des Delikts aus gewertet werden. Auf diesem Wege kommt man aber nie zu einer Haftung auf Erfüllung oder auf das positive Interesse.

Einen wesentlich deliktischen Ursprung legen den Bestimmungen des § 179 nur zugrunde die Theorie von der culpa in contrahendo und die Verursachungstheorie. Die Entstehung der ersten steht interessanterweise gerade mit unserem Problem in Verbindung. Jhering hatte in einem Aufsatze „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte“ (Jahrb. I, 273 fgd.) unter anderen Beispielen auch den Boten ohne giltige Botschaft erwähnt, gegen den er eine actio ad exemplum legis Aquiliae zugestehen wollte. Angriffe Bährs auf seine Ausführungen veranlassten ihn zu einer Grundlegung seiner Theorie von der culpa in contrahendo. Nachdem er aber diese durchgeführt hatte, musste er schliesslich eingestehen, dass er betreffs des falsus nuntius nunmehr seine erste Meinung

[1]) Ebenda Anm. 5.

zurücknehmen müsse. Er könne mit seiner Theorie immer nur die Haftung von Kontrahenten beweisen, und zu diesen gehöre ja der Bote gerade nicht[1]). — Die Ansicht des Schöpfers der Theorie wird auch für uns massgebend sein müssen.

Aus den gleichen Gründen hat man sich auch vom Standpunkt der Verursachungstheorie aus gegen eine analoge Anwendung von § 179 auf den Boten zu erklären. Wie wir sahen, sind immer besondere Gründe nötig, um die Erfolgshaftung zu rechtfertigen; im Falle des vollmachtlosen Vertreters fanden wir als solchen Grund die Abgabe von Erklärungen unter eigener Verantwortlichkeit. Dieser trifft aber auf den Boten nicht zu; ebensowenig einer von den anderen Gründen, die für die Kausalhaftung bestimmend zu sein pflegen.

Es entspricht denn auch durchaus dem gesunden Rechtsgefühl und den schuldigen Rücksichten auf Billigkeit und Verkehrsinteresse, eine analoge Anwendung des § 179 auf den Boten ohne Ermächtigung abzulehnen. Der Bote hat auf den Inhalt der Erklärung begrifflich keinen Einfluss, er gibt sie auch nach aussen hin nicht als seinen Entschluss, sondern als fremden kund. Dadurch bewirkt er, dass der Adressat die Erklärung lediglich als solche des Absenders auffasst. Demgemäss wird der Empfänger auch sämtliche Folgen — nicht nur wie beim Vertreter die normalen Wirkungen des Rechtsgeschäfts, sondern auch die etwaigen Folgen einer entstellten Erklärung, mangelnder Geschäftsfähigkeit oder mangelnden Willens — kurzum die gesamte Verantwortlichkeit an die Person des Absenders unmittelbar knüpfen. Die Rücksicht auf das Vertrauen des Gegners verlangt also nicht die besondere (mehr als deliktische) Haftung des Boten ohne Botschaft. Dieser selbst aber würde durch eine solche weitergehende Verbindlichkeit schwer getroffen werden. Handelt es sich doch — anders als bei der Vertretung — meist um Leute in untergeordneter Lebensstellung, die weder einen so hohen Bildungsgrad noch ein derartig

[1]) Jahrb. f. D., Bd. 4 S. 53.

ausgebildetes Verantwortlichkeitsgefühl zu besitzen pflegen, als dass ihnen eine besonders weitgehende Vorsicht bei Ausführung ihrer Geschäfte, ein „Handeln auf eigene Gefahr" zugemutet werden könnte. Zumal die praktisch wichtigsten Fälle, nämlich die unwirksamer Ermächtigung, sind für eine so strenge Haftung ganz ungeeignet. Ausserdem würde die Verpflichtung zum Ersatz des positiven Interesses auf die Vermögensverhältnisse der betreffenden Personen oft geradezu ruinös wirken. Es ist bezeichnend, dass selbst für eine den Boten nahestehende Gattung von **Vertretern,** nämlich die Gewalt- und Dienstuntergebenen des Vertretenen, ein Kritiker des BGB. die grundsätzliche Aufgabe des Haftungsprinzips forderte[1]).

Gewissermassen als Prüfstein für die Richtigkeit unserer Ausführungen darf die Frage gelten, ob andere Bestimmungen über den Vertreter auf den Boten analog anwendbar sind oder nicht; insbesondere wäre die Nichtübertragbarkeit von § 166 Abs. 1 BGB. (bei Willensmängeln ist die Person des Vertretenen massgebend) ein wichtiger Rückhalt für unsere Ansicht. Tatsächlich ist denn auch, schon wegen § 120 BGB. kein Zweifel möglich, dass § 166 Abs. 1 auf den Boten in keiner Weise passt; das muss selbst Bekker zugestehen, obwohl er den Spruchboten als „Vertreter ohne Verfügungsmacht" bezeichnet[2]).

Gegen die Übertragung der Haftungsgrundsätze vom Vertreter ohne Vertretungsmacht auf den angeblichen Boten erklären sich ausser Hupka noch Kipp bei Windscheid I, S. 372, h β und Fleck S. 401. Dagegen ist für analoge Anwendung jener Regeln Lenel, welcher meint, dass bei konsequenter Durchführung das Prinzip auch für jeden verpflichtungsfähigen Boten gelten müsste[3]). Mommsen will den dolosen Boten stets auf Erfüllung haften lassen, gibt aber hierfür keine zureichende theoretische Begründung[4]).

---

[1]) Frese, Gutachtl. Äusserungen, Sn. 186, 196.
[2]) Jahrb. f. D., Bd. 49 S. 32.
[3]) Jahrb. f. D., Bd. 36 S. 19.
[4]) Erörterungen, Bd. 2 S. 126.

Eine eigentümliche Stellung nimmt Bähr[1]) ein. Auch er lässt zwar nur den Vertreter, nicht den Boten, für den Mangel der Vollmacht einstehen; dennoch muss er als Gegner unserer Ansicht betrachtet werden. Denn er hält es für angebracht, dass diejenigen Personen, welche gemeinhin als Boten bezeichnet werden, unter gewissen Voraussetzungen wie Vertreter haften sollen, und erreicht dieses Ziel durch eine abweichende Unterscheidung der beiden Begriffe. Bähr betrachtet jede Mittelsperson als Vertreter, die ihre Bestellung mit Bewusstsein von deren Bedeutung ausrichtet. Er begründet dies aber nicht mit theoretischen Erwägungen, sondern mit den praktischen Ergebnissen; sagt er doch geradezu, er bestimme seinen Stellvertreterbegriff nach der Zweckmässigkeit der Konsequenzen, die sich für das ermächtigungslose Handeln ergeben, nicht umgekehrt.

Dass wir Bährs Definition nicht akzeptieren können, haben wir bereits an anderer Stelle erklärt; somit würde uns höchstens die Möglichkeit bleiben, aus den von ihm erwähnten Zweckmässigkeitsgründen § 179 auf den Boten analog anzuwenden. Doch müssen wir auch diese Folgerung ablehnen, teils weil wir Bährs Gründe nicht anerkennen, teils weil ihnen durch die allgemeinen Vorschriften über deliktische Ersatzpflicht genügend Rechnung getragen wird.

2. Die deliktische Schadensersatzpflicht.

Nachdem wir festgestellt haben, dass spezielle Vorschriften, welche dem durch einen nicht-ermächtigten Boten Geschädigten Ersatz gewährleisteten, nicht existieren, haben wir zu untersuchen, inwieweit dieser Erfolg durch Anwendung der **allgemeinen** Normen erreicht werden kann.

In Betracht kommen kontraktliche, deliktische Ansprüche und solche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Dass zwischen dem Empfänger der Erklärung und dem angeblichen Boten bereits vor dem Zeitpunkt der Botenbestellung ein Schuldverhältnis (nicht notwendig ein vertragliches) besteht, welches

[1]) Jahrb. f. D., Bd. 6 S. 295 fgd.

den Boten ersatzpflichtig macht, dürfte so selten sein, dass wir diese Möglichkeit ruhig aus unserer Betrachtung ausscheiden können. Ebenso brauchen wir die ungerechtfertigte Bereicherung hier nicht näher zu erörtern, weil auch sie nur selten in Frage kommen wird und dann die Umstände des einzelnen Falles, die ganz verschiedenartig sein können, entscheiden.

Um so eingehender wollen wir die Anwendbarkeit der Regeln über unerlaubte Handlungen untersuchen. Denn einmal wird die Frage, ob ein zivilrechtliches Delikt vorliegt, fast in jedem Falle auftauchen, wo ein Bote ohne Ermächtigung eine Bestellung ausgerichtet hat; ja diese Frage dürfte praktisch überhaupt die wichtigste sein, welche bei derartigen Vorkommnissen zur Erörterung gelangt. Auch legt die Existenz des § 179 BGB. in Verbindung mit unserer Methode, stets Botschaft und Vertretung zu vergleichen, es nahe, eingehend zu prüfen, inwieweit die generellen Vorschriften über Delikte die Spezialnorm des § 179 beim Boten zu ersetzen vermögen.

Es wird zweckmässig sein, dass wir zunächst diejenigen Bestimmungen des Deliktsrechts ins Auge fassen, die wegen ihrer allgemeinen Tendenz **alle** in unserem Falle denkbaren Tatbestände ergreifen — natürlich sofern bei dem Boten der jeweils notwendige Grad des Verschuldens vorliegt. Später wollen wir diejenigen Normen kurz erörtern, welche nur in gewissen, aber besonders wichtigen Fällen unbefugter Botschaft zutreffen.

a) Generell zutreffende Bestimmungen.

Der Tatbestand ist in den uns interessierenden Fällen stets derartig, dass ein Bote ohne jede oder ohne giltige Ermächtigung eine Botschaft ausgerichtet hat und dass der Empfänger durch sein Vertrauen auf die Giltigkeit der Erklärung einen Schaden erleidet. Nicht erforderlich zur Anwendung der Deliktsnormen ist ein **rechtlicher** Inhalt der Botschaft; weil wir aber einen solchen in der bisherigen Erörterung stets vorausgesetzt haben, wollen wir ihn auch weiterhin zugrunde legen.

Die Schädigung des Erklärungsempfängers kann nun entweder in der Weise erfolgen, dass dieser in dem Glauben, das betreffende Rechtsgeschäft sei perfekt, es zu erfüllen sucht oder so, dass er andere, mit dem Geschäft in Verbindung stehende Massnahmen trifft (z. B. er glaubt ein Pferd gekauft zu haben und mietet daraufhin einen Stall) oder schliesslich so, dass er im Vertrauen auf die Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages es unterlässt, einen anderen gleicher Art einzugehen (z. B. ein Bäcker, der Mehl gekauft zu haben meint, versäumt darum die Gelegenheit, sich das Material anderweit rechtzeitig zu beschaffen). Jedenfalls wird immer eine Handlung oder Unterlassung des Geschädigten selbst zu dem schliesslichen Ergebnis mitwirken. Freilich ist es auch möglich, dass nicht der Erklärungsempfänger, sondern eine von ihm vertretene Person der wirkliche Interessent, also der Geschädigte ist; dann greift ausnahmsweise nicht der Geschädigte selbst in den Kausalzusammenhang ein. Diese Fälle sind aber zu spezieller Natur und zu verschiedenartig gelagert, als dass sie im Rahmen dieses Aufsatzes erörtert werden könnten.

Am nächstliegenden und einfachsten wird stets die Frage nach der Anwendbarkeit von § 826 BGB. sein, weil dieser in der allgemeinsten Form gefasst ist:

> „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet."

Um ihn anzuwenden, müssen wir also konstatieren können: einen Schaden des Empfängers, eine Handlung des angeblichen Boten und Kausalzusammenhang zwischen beiden Tatsachen; zum Schluss werden wir dann die Erfordernisse der Sittenwidrigkeit und des Vorsatzes besprechen.

Der Schaden des Adressaten kann, wie aus den oben gegebenen Beispielen hervorgeht, in sehr verschiedener Weise zustande kommen und entzieht sich darum unserer Beurteilung.

Als schädigende Handlung erscheint die Ausrichtung der angeblichen Willenserklärung. In den Fällen unwirksamer

Ermächtigung könnte man auf den Gedanken kommen, dass ein Unterlassungsdelikt vorliege, indem man deduziert: Der Bote hätte den Erklärungsempfänger auf die Unwirksamkeit der Botschaft, also die Geisteskrankheit, Minderjährigkeit des Absenders, dessen Irrtum usw. aufmerksam machen müssen; dadurch, dass er dies nicht getan hat, hat er den Adressaten geschädigt. Aber diese Unterlassung könnte nach allgemeinen Grundsätzen nur deshalb für kausal gelten, weil der Bote durch sein vorangegangenes, den Empfänger gefährdendes **Tun** die Pflicht zur Abwendung der Gefahr auf sich geladen hat. Mit der Zerreissung des Gesamtverhaltens wäre also nichts gewonnen; daher hat Endemann recht, wenn er diese Methode, mit der man beinahe jede unerlaubte Handlung zum Unterlassungsdelikt stempeln kann, verwirft und sagt:

> „Für die juristische Behandlung bildet jede Handlung vielmehr eine geschlossene Einheit; sie ist kausal in dem Umfange, in dem das Gesamtverhalten des Schuldners . . . bei Begehung unerlaubter Handlungen die Rechtsgüter eines anderen verletzt hat.“ (Bürgerl. Recht, Bd. 1 S. 739.)

Der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Boten und der Schädigung des Empfängers ist gegeben, wenn diese ohne jenes nicht eingetreten sein würde. Während sich die Bedingungstheorie hiermit begnügt, verlangt die im Privatrecht herrschende Theorie von der adäquaten Verursachung, das betreffende Ereignis müsse generell geeignet gewesen sein, den Schaden herbeizuführen, m. a. W.: Jemand, der zur Zeit des Ereignisses alle menschlicher Einsicht zugänglichen Umstände gekannt haben würde, hätte erkennen müssen, dass es zu dem Erfolge führen werde. Unabhängig davon, ob man sich für die eine oder die andere Theorie entscheidet, erhebt sich bei allen uns interessierenden Tatbeständen ein Bedenken gegen die Bejahung des Kausalzusammenhanges. Die herrschende Lehre des Strafrechts erklärt, der Kausalzusammenhang werde durch jede freie und vorsätzliche Handlung eines zurechnungsfähigen Menschen unterbrochen. Diese Ansicht wird für das Zivilrecht ebenfalls vertreten, und zwar

von Endemann, der sich so ausdrückt[1]): „Zurückgegangen wird auf den dem Erfolge zunächststehenden verantwortungs- und verkehrsfähigen Menschen.“ Bei scharfer Durchführung dieses Grundsatzes würde man wohl stets dazu gelangen, die Kausalität der Botenbestellung für die Schädigung des Empfängers abzulehnen. Denn in allen Fällen wird, wie wir gesehen haben, die Schädigung erst durch irgend eine Handlung des Erklärungsempfängers, also des Geschädigten selbst (oder durch die Handlung eines Dritten) vermittelt, welcher dieselbe im Vertrauen auf die Giltigkeit der Botschaft vornimmt.

Allerdings hat Endemann seinen Grundsatz wohl nicht so krass gemeint, wie es nach der gewählten Form scheinen könnte; darauf deutet eine andere Stelle seines Buches hin, bei der es sich um den Zusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und dem Schaden handelt[2]). Hier hebt er hervor, dass ein Dazwischentreten, welches den Kausalzusammenhang unterbrechen solle, auf freiem Entschluss beruhen müsse. Aber selbst dann noch bleibt es zweifelhaft, was eine „auf freiem Entschluss beruhende“ Handlung ist. Man kann darunter **jede** Handlung verstehen, wenn man nämlich nur die unwillkürlichen Körperbewegungen als nicht aus freiem Entschluss hervorgegangen ansieht; man kann den Ausdruck ebenso gut dahin auffassen, dass der Handelnde gerade den schädigenden Erfolg seines Tuns gekannt haben müsse. Deswegen wollen wir gleich betonen, dass Endemanns Standpunkt keineswegs den Beifall der übrigen Zivilisten gefunden hat, sondern von den Anhängern der entgegengesetzten Kausalitätstheorien gleichmässig bekämpft wird. So sagt der Hauptvertreter der Bedingungstheorie v. Liszt, welcher stets erklärt hat, dass nur die falsche Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme im Strafgesetzbuch zu dieser Theorie von der „Unterbrechung“ zwinge: Nunmehr sei durch § 830 BGB. die Unterscheidung von physischer und psychischer Täterschaft (intellektueller Urheberschaft) gegenstandslos geworden[3]).

[1]) Bürgerl. Recht, Bd. 1 S. 737.
[2]) Bd. 1 S. 472.
[3]) Del.-Obl. S. 77.

Sein Hauptgegner Max Rümelin leugnet die Richtigkeit des Satzes sogar für das Strafrecht und bekämpft die Endemannsche Lehre erst recht für das Zivilrecht[1]). Ähnlich sprechen sich aus: Staudinger-Kuhlenbeck IIa S. 26, Oertmann S. 28, Enneccerus-Lehmann I, S. 406 Anm. 10, Crome I S. 477.

Der Ansicht aller dieser Schriftsteller wird man schon deshalb beipflichten müssen, weil sich tatsächlich im Zivilrecht kein logischer Grund für die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch jede freie menschliche Handlung finden lässt. Gegen eine unbillig weite Ausdehnung der Bedingungskette schützt die adäquate Verursachung, welche mit der herrschenden Meinung von uns gefordert wird; greift aber der Verletzte selbst **schuldhaft** in die Entwickelung ein, so schafft die Sonderbestimmung des § 254 BGB. einen gerechten Ausgleich. Doch wird letztgenannter Paragraph bei vorsätzlicher Schädigung selten zur Anwendung gelangen.

Wir müssen, um § 826 anzuwenden, ferner in der Lage sein, bei dem Boten **vorsätzliche** Schadenszufügung festzustellen. Nicht notwendig ist, dass derselbe die Absicht (= Motiv) hat, dem Empfänger Schaden zu bereiten, dass er sich m. a. W. einen sog. „schlechten Scherz leistet". Vielmehr genügt es, dass er bei Ausrichtung der Botschaft sich des schädigenden Erfolges bewusst ist, ja sogar eventueller Vorsatz reicht aus[2]). Andererseits genügt es aber nicht, dass der Bote das Nichtbestehen oder die Unwirksamkeit seiner Ermächtigung kennt; allerdings wird aus dieser Tatsache häufig auf einen Schädigungsvorsatz geschlossen werden können. — Einer besonderen Feststellung, dass die Handlungsweise des Boten den guten Sitten zuwiderläuft, wird es in den uns interessierenden Fällen kaum bedürfen, weil diese Voraussetzung bei vorsätzlicher Schädigung stets zutreffen wird.

Noch ein Wort über den Umfang des aus § 826 BGB. entspringenden Ersatzanspruches. Der nicht-ermächtigte Bote

---

[1]) Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 90 Sn. 234, 263/4.

[2]) Ebenso Staudinger-Kuhlenbeck, BGB. IIa S. 82 und Oertmann, Sn. 86—87. Vielfach wird gefordert, dass die Schädigung nicht nur vorausgesehen, sondern auch „gewollt" worden sei.

hat hier den gesamten Schaden, den sein Vorgehen verursacht hat, zu vergüten. Es kommt nicht darauf an, ob der Täter ihn im vollen Umfange, so wie er eintrat, kannte oder kennen musste. Ein etwa weitergehendes Interesse, welches der Dritte an der Erfüllung des Vertrages hat, kann er ex delicto natürlich nicht fordern. Denn sein Schaden liegt nicht darin, dass ein zwischen ihm und einem Dritten geschlossener Vertrag unerfüllt bleibt; ist doch ein giltiger Vertrag nie zustande gekommen. Allerdings ist nach § 252 BGB. auch der entgangene Gewinn zu ersetzen; aber selbstverständlich nur derjenige, welcher ohne das schädigende Ereignis — die Täuschung — eingetreten wäre, nicht der Gewinn, welcher durch sie erst vorgespiegelt worden ist. So erweist sich, wie schon einmal bemerkt, der entstandene Schaden als identisch mit dem negativen Interesse, das nach § 179 Abs. 2 zu ersetzen ist; nur fällt bei § 826 die Maximalgrenze des positiven Interesses fort, was der arglistigen Schädigung gegenüber durchaus gerecht ist.

Einen nicht spezialisierten Schutz des Vermögens gewährt auch BGB. § 823 Abs. 2, der für schadensersatzpflichtig denjenigen erklärt, welcher schuldhaft ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verletzt.

Das einzige Schutzgesetz, das anwendbar sein könnte, ist der Betrugsparagraph, StGB. § 263. Auf Einzelheiten in der Auslegung dieser Gesetzesbestimmung einzugehen, ist hier nicht der Ort. Es genüge die Feststellung, dass die Erfordernisse von StGB. § 263 über die von BGB. § 826 noch hinausgehen; das Anwendungsgebiet dieser letzteren Bestimmung schliesst daher dasjenige von § 823 Abs. 2 in sich ein und macht dessen Heranziehung überflüssig.

Wir müssen uns jedoch an dieser Stelle mit einer Theorie beschäftigen, die, obgleich ihr Urheber selbst es nicht direkt ausspricht, nur in Verbindung mit BGB. § 823 Abs. 2 zu einem Resultat führen könnte. Fleck behauptet nämlich in seinem schon öfter zitierten Aufsatze, dass auch der fahrlässige Bote ohne Ermächtigung dem Dritten für den angerichteten

Schaden verantwortlich sei, und begründet diese Ansicht folgendermassen:

> „In einem Urteile des Reichsgerichts vom 17. April 1895 ist ausgeführt, es müsse als ein Postulat der bona fides und als dem allgemeinen Rechtsbewusstsein entsprechend angesehen werden, dass ein Kaufmann solche Einrichtungen in seinem Geschäfte zu treffen habe, welche die Sicherheit richtiger Bestellung von Wertsendungen durch die Post auch denjenigen gewährleisten, die mit ihm in keinen kontraktlichen Beziehungen stehen. Löst man das hier ausgesprochene Prinzip aus seiner auf den betreffenden Fall zugeschnittenen Fassung los, so erhält man den Satz: Es ist jedermann jedem gegenüber gehalten, sein Geschäft ordnungsmässig wahrzunehmen.“ Dies seien „Verkehrspflichten, welche durch die blosse Beteiligung am Verkehre entstehen und darin wurzeln, dass man seinen Beruf pflichtgemäss auch denjenigen gegenüber wahrzunehmen hat, mit denen man **nicht** durch einen obligatorischen Nexus verbunden ist. Daraus resultiert unter anderen auch die Pflicht zur Sorgfalt bei der Eingehung von Kontrakten, wie sie im § 306 BGB. in einem Spezialfalle ausdrücklich anerkannt ist. Ist diese Ansicht richtig, so gäbe sie einen Anhaltspunkt, um den fahrlässig handelnden Boten verantwortlich zu machen.“ (Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 15 S. 402.)

Die dem Sinne nach richtig angeführte Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 35 S. 80) kann schon deshalb für uns nicht von grosser Bedeutung sein, weil sie unter dem Allgemeinen Landrecht ergangen ist, das viel freiere Grundsätze über deliktische Schadensersatzpflicht hatte als das BGB.[1]) Ferner ist es unzulässig, einen Grundsatz, den das Reichsgericht für Kaufleute bezüglich der ihnen zugehenden Wertsendungen aufstellt, auf **alle** Menschen bezüglich ihrer **sämtlichen** Beziehungen auszudehnen; denn das Wort „Geschäft“

[1]) Vgl. §§ 8 fgd., ALR. I, 6.

passt ja so ziemlich auf jede menschliche Tätigkeit. Es wäre schon ungerechtfertigt, einen anerkannten Rechtssatz derartig zu erweitern; viel weniger darf in der bezeichneten Weise mit Grundsätzen des Reichsgerichts verfahren werden, deren analoge Anwendung überhaupt starken prinzipiellen Bedenken unterliegt. Der schwächste Punkt an Flecks Lehre aber ist, dass sie gegen einen Fundamentalgrundsatz des BGB. verstösst. Fleck scheint sich um das BGB. nicht sehr gekümmert zu haben. Die Zitierung von § 307 BGB. (306 ist offenbar ein Irrtum) will nichts besagen; denn der angeführte Paragraph beweist nur, dass der Gesetzgeber an gewisse Tatbestände, die ihm dazu besonderen Anlass zu bieten scheinen, jederzeit eine spezielle, von allgemeinen Grundsätzen unabhängige Schadensersatzpflicht knüpfen kann. Fleck hätte sich sogar darauf berufen können, dass der Gesetzgeber dieses Ziel zuweilen auf einem Umwege erreicht, indem er eine Pflicht statuiert. Wer diese „Verkehrspflicht" schuldhaft verletzt, hat Schadensersatz zu leisten; so z. B. im Falle des § 663 BGB. Selbst die analoge Ausdehnung derartiger Sondersätze auf verwandte Fälle wird unter Umständen geboten sein. Stellt man aber ein Prinzip von der Tragweite des Fleckschen auf, so tritt man in offenen Gegensatz zu dem deutschen Deliktsrecht, wie es im BGB. unter dem Titel „Unerlaubte Handlungen" geregelt ist. Man akzeptiert dann statt dessen den Grundsatz, dass jeder haftbar ist, der einem anderen rechtswidrig und schuldhaft Schaden zufügt. So war es (in der Hauptsache) im Allgemeinen Landrecht und ist es noch heute z. B. im französischen Rechte. Auch der erste Entwurf des BGB. (§ 704) proklamierte diesen Grundsatz; er wurde aber bei der Beratung des BGB. ausdrücklich verworfen und dafür eine Aufzählung der verschiedenen Deliktstatbestände vorgenommen[1]). Allerdings kann das **Bestehen** von Verkehrspflichten an sich nicht geleugnet werden. Auch andere Schriftsteller reden von ihnen, wenn auch nicht unter derselben Bezeichnung, und an solche Darlegungen mag Fleck bei Auf-

[1]) Vgl. Prot. Bd. 2, S. 570 fgd.

stellung seiner Theorie vielleicht gedacht haben. Insbesondere spricht Dernburg in Bürgerl. Recht, Bd. II, 1 S. 73, von „Zwangspflichten"; und das von ihm angeführte Beispiel — ein Rechtsanwalt soll sich im Interesse seines unbestimmten Klientenkreises keinen unredlichen Bureauvorsteher halten — zeigt, dass er einen ähnlichen Begriff wie Fleck im Auge hat. Aber nur bezüglich der Voraussetzungen, nicht hinsichtlich der Wirkungen stimmt er mit jenem überein. Dernburgs Konsequenz ist nämlich, dass eine Unterlassung Deliktsfolgen zeitigen kann, wofern sie gegen eine „Zwangspflicht" verstösst. Bekanntlich steht nicht jede Unterlassung dem positiven Tun gleich, sondern nur die pflichtwidrige; Pflichtwidrigkeit in diesem Sinne liegt aber nach allgemeiner Ansicht vor nicht nur bei Verstoss gegen geschriebene Gesetze, sondern auch gegen gewisse sonstige Pflichten, die man wohl als Verkehrs- oder Zwangspflichten bezeichnen kann. Eine andere, noch wichtigere Funktion kommt den Verkehrspflichten unserer Meinung nach insoweit zu, als sie den Begriff der „Fahrlässigkeit" innerhalb des durch § 276 BGB. Abs. 1 Satz 2 fixierten Rahmens näher bestimmen.

Es hiesse jedoch das Wesen der Verkehrspflichten vollständig verkennen, wollte man annehmen, dass eine Unterlassung, welche gegen eine derartige Pflicht verstösst, oder eine Handlungsweise, die aus dem gleichen Grunde eine Fahrlässigkeit darstellt, stets haftbar mache, wenn durch sie schuldhaft die Interessen eines anderen verletzt werden. Vielmehr gehört zur Begründung einer Ersatzpflicht, mag sie auf ein positives Tun oder ein pflichtwidriges Unterlassen gestützt werden, immer noch die **weitere** Voraussetzung, dass

entweder ein Privatrecht oder ein sonstiges der im § 823 BGB. Abs. 1 genannten Rechtsgüter des anderen verletzt ist

oder dass ein Schutzgesetz des § 823 Abs. 2 übertreten

oder dass einer der in §§ 824—826 bezeichneten Tatbestände verwirklicht ist. Keineswegs darf die Verletzung einer blossen Verkehrspflicht diesen Voraussetzungen als gleichwertig zur Seite gestellt werden.

Die Flecksche Theorie liesse sich dem System des BGB. nur so einfügen, dass man die „Verkehrspflichten“ als Schutzgesetze, mithin als ausfüllende Normen zu dem Blankettgesetze des § 823 Abs. 2 betrachtete — darum besprechen wir sie auch an dieser Stelle. Aber selbst dies ist nicht angängig, weil es der Bedeutung des Paragraphen widersprechen und weil es zu dem oben abgelehnten Ergebnis führen würde, dass jede fahrlässige Interessenverletzung haftbar mache.

Überdies sind wir der Meinung, dass es eine so allgemeine Verkehrspflicht, wie sie Fleck formuliert, garnicht gibt. Fleck scheint übrigens selber die Unzulänglichkeit seiner theoretischen Beweisführung gefühlt zu haben, denn nachdem er ihr schon eine längere Auseinandersetzung vom praktischen Standpunkt aus voraufgeschickt hat, schliesst er bezeichnenderweise mit den Worten:

> „Sonst sehe ich keine Möglichkeit, zu diesem Resultate (sc. Haftung des Boten für culpa) zu gelangen, das von der Billigkeit gebieterisch gefordert wird“ (S. 402).

Solchen Erwägungen darf man aber doch nur dort Raum geben, wo das Gesetz mehrere Deutungen zulässt oder eine offenbare Lücke aufweist, nicht aber dann, wenn es klar das Gegenteil besagt. In vielen Fällen ist, wie wir am Schlusse zeigen werden, die Behauptung nicht einmal richtig, dass der fahrlässige Bote anders nicht haftbar zu machen sei.

Schliesslich haben wir hinsichtlich seiner generellen Bedeutung für uns noch § 823 Abs. 1 zu prüfen:

> „Wer vorsätzlich oder fahrlässig ... die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Kein Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 ist das Vermögen im ganzen, das ja bei jeder Schadenszufügung, also auch hier, verletzt ist. Das Vermögen ist ein Inbegriff wirtschaftlicher Güter, zu denen vor allem Rechte gehören, aber nicht selbst ein Recht. Darüber herrscht nahezu Einstimmigkeit; vgl. neuerdings besonders Reichsgericht bei Gruchot, Bd. 50 S. 965

und Oertmann S. 945. Oertmann zitiert allerdings Eltzbacher und Langheineken als Gegner dieser Ansicht. Eltzbacher[1]) behauptet aber lediglich, dass den verschiedenen positiven Bestimmungen zum Schutze des Vermögens (§§ 823 Abs. 2, 826 usw.) ein „allgemeines Ausschliessungsrecht" als Rechtsgut zugrunde liege. Dass er diese rein theoretische Erwägung nicht zur weiteren Anwendung von § 823 Abs. 1 zu benutzen gedenkt, zeigt Eltzbacher ausdrücklich durch das Zugeständnis, dieses Ausschliessungsrecht könne nach dem BGB. nur durch **gewisse** Handlungen verletzt werden, der Schutz sei kasuistisch gewährt[2]).

Auch ein subjektives Recht, von anderen nicht getäuscht zu werden, als besonderes Persönlichkeitsrecht existiert natürlich nicht, wie Göring[3]) zum Überfluss noch nachweist.

Dagegen liegt es nahe, das Nicht-getäuscht-werden als wesentlichen Bestandteil der **Freiheit** anzusehen und darauf die Anwendbarkeit von § 823 Abs. 1 zu gründen. Allerdings kann auch Beeinflussung des Willens eine Verletzung des genannten Rechtsguts darstellen, was bezüglich der Drohung ziemlich allgemein zugegeben wird. Dennoch vermögen wir in einer Täuschung keine Freiheitsverletzung zu erblicken. Zu diesem Ergebnis kommt nach eingehender Erörterung auch Lütje[4]). Nicht beistimmen können wir jedoch seiner Begründung, die er wohl von Leonhard[5]) herübergenommen hat; darnach soll die Täuschung den Willen nur in gedanklicher Beziehung beeinflussen und sich hierdurch von der Drohung unterscheiden, die auf das Gefühl einwirke. Unserer Meinung nach beeinflussen sowohl Drohung wie Täuschung zunächst das Gefühl durch die Vorstellung eines — hier zu erstrebenden, dort zu vermeidenden — Zustandes; das Gefühl erst wirkt auf die Gedanken ein, diese erzeugen den Willen.

---

[1]) Handlungsfähigkeit, S. 329 fgd.

[2]) a. a. O. S. 334.

[3]) Fahrlässige Täuschung, S. 31 fgd.

[4]) Fahrlässige Täuschung, S. 47.

[5]) Allgem. Teil S. 526.

Wir erblicken vielmehr eine Verschiedenheit von Drohung und Täuschung darin, dass nur bei der Drohung, nicht bei der Täuschung, der Betroffene das Bewusstsein der Beeinflussung hat. Das Bewusstsein des Verletzten, dass seine Willensbildung oder Willensbetätigung einer anormalen äusseren Beeinflussung unterliege, gehört unserer Meinung nach zum Tatbestande der Freiheitsverletzung. Ohne diese Beschränkung würden die Begriffe Freiheit und Freiheitsverletzung sich ins Uferlose ausdehnen und mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht mehr übereinstimmen[1]).

Wollte man aber selbst eine Verletzung der Freiheit durch Täuschung für möglich halten, so müsste man doch mindestens die „widerrechtliche Verletzung" auf den Fall der arglistigen Täuschung beschränken, wie es Reichsgericht Entsch. Bd. 58 S. 28 und Planck[2]) tun. Da aber arglistige Täuschung gleichzeitig immer eine vorsätzlich gegen den Dritten gerichtete, den guten Sitten zuwiderlaufende Handlung darstellt, so würde § 823 Abs. 1 nur für den seltenen Fall eine Bedeutung behalten, wo der Vorsatz des Täters sich auf die Täuschung, aber nicht auf den daraus entstehenden Schaden bezieht, weil dann § 826 nicht passt.

b) Bestimmungen für einzelne Fälle.

Sehr häufig wird der Sachverhalt derartig liegen, dass durch die falsche Botenbestellung das Eigentum oder ein sonstiges Recht des Erklärungsempfängers verletzt worden ist, sodass die Frage aufgeworfen werden muss, ob auf Grund von § 823 Abs. 1 hier auch der fahrlässig handelnde Bote verantwortlich gemacht werden kann. Ein Beispiel mag genügen: Der Dritte glaubt, einen giltigen Werkvertrag geschlossen zu haben, und verarbeitet daraufhin eigenes Material. Zweifellos ist hier das Eigentum objektiv verletzt; denn die

---

[1]) Zu demselben Ergebnis kommen offenbar Liszt, Del. Obl. S. 24, Dernburg, Bürgerl. Recht II, 2 S. 721 Abs. 2, Oertmann S. 942, Staudinger-Kuhlenbeck II, 2 S. 859; sie alle erwähnen als Beispiel für die Freiheitsverletzung zwar die Drohung, nicht aber die Täuschung.

[2]) BGB. I zu § 123.

ihm unterliegende Sache ist zerstört oder so verändert worden, dass sie an Wert verloren hat.

Die schädigende Handlung ist die gleiche wie bei § 826. Die Ausführungen, welche wir zu jener Norm machten, geben uns jetzt die Möglichkeit, auch hier den Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Boten und der Rechtsverletzung glatt zu bejahen; denn wenn der Schaden durch den Boten verursacht ist, muss es die Rechtsverletzung, welche dem Schaden in der Kette der Bedingungen vorangeht, erst recht sein.

Dennoch wird merkwürdigerweise zuweilen die Ansicht vertreten, derartige Kausalzusammenhänge durch psychische Vermittelung seien nur bei vorsätzlicher Schädigung ausreichend, um eine Haftung zu begründen. Dies behauptet z. B. Du Chesne[1]). Dieser Schriftsteller erklärt zwar die Anerkennung komplizierter Kausalzusammenhänge für ein Zeichen fortschreitender Entwickelung, empfiehlt aber trotzdem ihre Berücksichtigung nur bei § 826 und Spezialbestimmungen, z. B. §§ 825, 834, da diese Zusammenhänge nur bei Vorsatz des Verursachenden mit genügender Sicherheit zu ermitteln seien. Dass der Nachweis der Ursächlichkeit unter Umständen Schwierigkeiten machen kann, geben wir zu; meistens, so auch in unserem Beispiel, wird das Gegenteil zutreffen. Weshalb aber der Nachweis bei vorsätzlichem Handeln des Täters leichter sein soll als bei fahrlässigem, ist schwer einzusehen, da es sich doch ausschliesslich um den objektiven Zusammenhang handelt. Die herrschende Meinung bezweifelt denn auch nicht, dass durch fahrlässige Täuschung die Rechtsgüter des Getäuschten verletzt werden können; vgl. Göring, der mit Recht auf BGB. § 676 hinweist, ferner Crome, Bd. 2 S. 1016 Anm. 11, Cosack, Bürgerl. Recht, Bd. 1 S. 615 und Lütje, S. 43 fgd.

Allerdings könnte das Eingreifen des Verletzten aus einem anderen Grunde Bedenken erregen. Die Verletzung muss nämlich widerrechtlich erfolgt sein. Dieses Merkmal hat nach allgemeiner Anschauung nur negative Bedeutung; es soll da-

[1]) Sächs. Arch., Bd. 12 S. 22 fgd.

mit darauf hingewiesen werden, dass bisweilen die Widerrechtlichkeit aus besonderen Gründen, z. B. wegen §§ 227, 904 usw. ausgeschlossen sein kann. Ein solcher Grund könnte nun in unserem Falle darin gefunden werden, dass der Verletzte in die Rechtsverletzung eingewilligt hat. Denn er hat selbst mit vollem Bewusstsein sein Recht geschmälert, und darin liegt — ein sicheres argumentum a maiori ad minus — das Vorhandensein der Einwilligung. Dass aber eine Eigentumsverletzung nicht widerrechtlich ist, sobald der Eigentümer in sie gewilligt hat, wird ausnahmslos anerkannt. Dennoch widerstrebt es dem juristischen Gefühl, der fraglichen Verletzung den Charakter der Widerrechtlichkeit deswegen zu nehmen, weil der Verletzte in sie eingewilligt haben soll. Wenn man die Einwilligung als eine „Willenserklärung" ansehen wollte, könnte sie freilich in unserem Falle nicht etwa wegen Irrtums angefochten werden; denn ein wesentlicher Irrtum, wie ihn BGB. § 119 verlangt, liegt keinesfalls vor, sondern nur ein solcher im Motiv, genauer über die juristische causa der Einwilligung. Wir möchten jedoch mit Linckelmann[1]) der Einwilligung den Charakter eines Rechtsgeschäfts überhaupt absprechen, folglich auch den nur für Rechtsgeschäfte geltenden § 119 nicht anwenden. Infolgedessen können und wollen wir eine Einwilligung der gedachten Art als unwirksam behandeln; denn bei dem Mangel gesetzlicher Vorschriften über die Giltigkeit der Einwilligung sind wir nicht gehindert, sie aus allgemeinen Zweckmässigkeitsgründen schon bei Irrtum im Motiv für unbeachtlich zu erklären. Erwägungen dieser Art werden auch das Reichsgericht geleitet haben, als es in einem Bd. 58, S. 24 behandelten Falle unbedenklich § 823 Abs. 1 für anwendbar erklärte, obwohl die Einwilligung in die Rechtsverletzung dort in ganz derselben Weise wie bei uns in Betracht kam[2]). Die Gründe sagen

[1]) Unerlaubte Handlungen Sn. 80—82. Ähnlich Prot. Bd. 2 S. 578.

[2]) Der Beklagte hatte den Kläger durch Androhung einer — wie sich später herausstellte, unbegründeten — Klage wegen Patentverletzung veranlasst, seinen Gewerbebetrieb zum Teil einzustellen; der Kläger war der Aufforderung nachgekommen.

lediglich, Beklagter dürfe sich nicht darauf berufen, dass Kläger zur Befolgung seines Verlangens nicht gezwungen gewesen sei. Das soll, abstrakt gesprochen, wohl heissen, dass die Einwilligung nicht als wirksam betrachtet werden kann.

Ebenso steht es mit dem naheliegenden Einwand, dass der Ersatzanspruch wegen sog. Kulpakompensation nach § 254 BGB. ausgeschlossen sei. Dieser Paragraph kann nämlich nur dann Anwendung finden, wenn der Dritte die mangelnde Ermächtigung des Boten kannte oder kennen musste, nicht aber dann, wenn er in schuldloser Unkenntnis des Mangels zu der Verletzung mitwirkte. Denn nur im ersteren Falle erstreckt sich sein Verschulden auf die Rechtswidrigkeit der Verletzung.

Nicht begründet ist die Befürchtung, das von uns gefundene Resultat könne eine zu weitgehende Auslegung des § 823 Abs. 1 bedeuten, insbesondere unbillige Anforderungen an die Aufmerksamkeit des einzelnen im Verkehrsleben stellen. Solche Beweggründe führen nämlich neben den schon bei der Kausalitätsfrage besprochenen Erwägungen Du Chesne dazu, die Anwendbarkeit von § 823 Abs. 1 auf alle Fälle nach Art der unserigen abzulehnen. Man könne, meint er, selbst vom bonus pater familias nicht verlangen, dass er sich über so verwickelte Kausalzusammenhänge klar werde[1]). Damit verkennt er jedoch das Wesen der **Fahrlässigkeit.** Denn das Gesetz (§ 276 BGB.) sagt ausdrücklich: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt"; kommt man nun im Einzelfalle zu dem Ergebnis, dass die Voraussicht des rechtswidrigen Erfolges über die Anforderungen des Verkehrs hinausgeht, so entfällt eben die Fahrlässigkeit und damit die Ersatzpflicht.

Unter welchen Umständen die Handlungsweise des Boten als fahrlässig gelten muss, lässt sich natürlich nicht allgemein bestimmen. Doch möchten wir hervorheben, dass die Fahrlässigkeit sich auf die Eigentumsverletzung beziehen muss. Es genügt also nicht, dass der Bote nur im allgemeinen eine

[1]) Sächs. Arch., Bd. 12 S. 25.

Schädigung voraussehen konnte; vielmehr ist eine Ersatzpflicht nur dann begründet, wenn der Bote erkennen konnte und musste, dass eine derartige Eigentumsverletzung, wie sie wirklich eingetreten ist, erfolgen werde.

Eine eingehende Besprechung widmet Fleck[1]) der Frage, welchen Grad von Sorgfalt ein Bote beobachten muss, um sich über die Giltigkeit oder Unwirksamkeit der ihm aufgetragenen Bestellung zu vergewissern. Fleck gesteht nach Erwähnung einiger Beispiele zu, dass die Entscheidung von Fall zu Fall getroffen werden müsse.

„Nur soviel wird sich generell sagen lassen, dass der Bote als Transportwerkzeug sich mit einer summarischen Untersuchung begnügen kann. Die Verdachtsgründe müssen also schon recht offenkundig sein, wenn man ihn der Vernachlässigung der Sorgfalt zeihen will."

Dem wird man beipflichten können. Das BGB. stellt zwar einen objektiven Massstab für die Fahrlässigkeit auf; doch ist damit wohl vereinbar, dass die Anforderungen des Verkehrs verschieden sind je nach der Stellung, in welcher der betreffende Handelnde seinen Rechtsgenossen erscheint. Tritt jemand selbstwollend auf, so kann man ihm auch zumuten, dass er sich über die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen und Folgen seines Handelns gründlicher vergewissert habe als jemand, der von vornherein kundgibt, er wolle nur das Sprachrohr eines anderen bilden. In diesem Zusammenhange wird auch die Unterscheidung Bährs von Bedeutung, der eine Mittelsperson schon dann als Vertreter anspricht, wenn sie das Geschäft „mit Bewusstsein von dessen Wesen und Bedeutung" vermittelt[2]). Für uns ist sie zwar nicht Vertreter; aber eine höhere Sorgfalt wird man von einer solchen Person verlangen dürfen.

Der Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 ist enger umgrenzt als der aus § 826 BGB. Hier kann nur derjenige Schaden in Rechnung gebracht werden, der durch die Verletzung des Eigentums oder des sonstigen Rechtes entstanden ist, ins-

[1]) Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 15 S. 401 ff.
[2]) Vgl. oben S. 61.

besondere also keine Aufwendungen usw. Dafür ist aber hier überhaupt nicht erforderlich, dass der Schaden selbst voraussehbar gewesen sei.

Schluss.

Zum Schluss wollen wir kurz die wichtigsten Ergebnisse unserer Untersuchung zusammenfassen und mit den entsprechenden, für die Vertretung geltenden Vorschriften vergleichen.

Als nicht-ermächtigter Bote ist jeder anzusehen, der als Bote auftritt, ohne von dem angeblichen Absender eine Botschaft erhalten zu haben. Die Äusserung dieser Person ist — im Gegensatz zu der des Vertreters ohne Vertretungsmacht — einer Genehmigung nicht fähig.

Hat der Mittelsmann eine Botschaft zur Beförderung erhalten, ist dieselbe aber rechtlich unwirksam, so gelten für die Genehmigung bzw. Bestätigung die gewöhnlichen Regeln, die ohne Vorhandensein eines Boten zur Anwendung kommen würden. Das gleiche Resultat ergibt sich — allerdings mittels einer anderen Konstruktion — bei der Vertretung.

Die Haftung des Boten, welcher garnicht ermächtigt ist oder dessen unwirksame Ermächtigung nicht nachträglich Giltigkeit erlangt hat, gegenüber dem Dritten bestimmt sich lediglich nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen. Trifft daher den Boten kein Verschulden, so ist er nicht verantwortlich, während er als Vertreter das negative Interesse ersetzen müsste. Für dieses braucht der Bote nur dann aufzukommen, wenn ihm vorsätzliche Schädigung nachzuweisen ist; der Vertreter müsste im entsprechenden Falle erfüllen oder das positive Geschäftsinteresse ersetzen. Von einigen komplizierten Modifikationen des Verschuldens sehen wir ab, doch sei noch der fahrlässige Mittelsmann als besonders häufige Spezies erwähnt: Ist er Vertreter, so muss er dem Dritten wieder das negative Interesse vergüten; als Bote dagegen haftet er nur insoweit, als er das Eigentum oder ein anderes Privatrecht des Empfängers verletzt.

Druck von Wilhelm Hecker in Gräfenhainichen.